القبض وأثره في العقد الفاسد

لفضيلة الدكتور: عبدالله بن إبراهيم الموسى

المقدمة:

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيد المرسلين، وعلى آله وصحبه أجمعين، وبعد:

فإن من مقاصد شريعتنا الإسلامية تحقيق العدل والتوازن في العلاقات والمبادلات المالية، وخاصة في عقود المعاوضات، القائمة على التسوية بين البدلين، وأساسها الرضى، حيث قال صلى الله عليه وسلم : ((**إنما البيع عن تراض**)) [1]، فيرضى البائع بالثمن، والمشتري بالسلعة، وهكذا بالنسبة للمؤجر والمستأجر، وسائر المبادلات المالية، فإذا اختل الرضا في جانب من جوانبها، بسبب الجهالة، أو الغرر، أو الإكراه، ونحوه من مفسدات العقود، فإن الشريعة وضعت تدابير لإعادة تحقيق هذا التوازن، والإبقاء على الرضا، وذلك بفسخ العقد، وإعادة ما كان إلى ما كان، فإن تعذر ذلك، فيصار إلى (عِوَض المثل)، سواء في الأجرة أو المهر، وذلك بعد أن فسد المسمى، المتفق عليه بفساد العقد.

---

(١) ابن ماجه (٢١٨٥)، كتاب البيوع، باب بيع الخيار.

ولما كان العقد الفاسد لا أثر له بمجرد العقد، إنما تترتب عليه الآثار بعد القبض، رأيت أن تكون الدراسة تحت عنوان : (**القبض وأثره في العقد الفاسد**) ؛ وذلك محاولة لمعالجة بعض هذه الآثار المترتبة على القبض الفاسد .

الدراسات السابقة :

ثمة دراسات قريبة من دراستي هذه، أبرزها :

١- القبض وآثاره في الفقه الإسلامي (رسالة دكتوراه) للدكتور عبد الله الربعي، وتناول فيه : القبض في عقود المعاوضات، كل على حدة، كما تناول بعض الآثار الحكمية للقبض الفاسد .

٢- القبض وأثره في العقود (بحث تكميلي لنيل درجة الماجستير في المعهد العالي للقضاء بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية)، لأحمد إبراهيم الثميري . وتناول فيه العقود التي يشترط فيها القبض في صحتها، ثم تناول أحكام القبض في كل عقد من العقود على حدة .

٣- التقابض في الفقه الإسلامي، لعلاء الدين عبد الرزاق الجنكو، (رسالة ماجستير في جامعة أم درمان)، وتطرق فيها لأنواع مختلفة من القبض الصحيح والقبض الفاسد .

هذا ما وقفت عليه، وثمة دراسات أخرى - غالباً - لم أقف عليها .

موقع البحث من الدراسات السابقة :

تم التركيز في هذا البحث على : أثر القبض الفاسد في التملك، والضمان، والأجور والمهور، فهو أخص من الدراسات السابقة، وبينه وبينها علاقة عموم وخصوص مطلق، فتلك أوسع مجالاً، وهذا أخص دراسة .

أهمية البحث :

تكمن أهميته من حيث :

ارتباط بعض الناس بكثير من العقود التي فيها غرر وجهالة، مما يوقع الخلاف بين المتعاقدين، والبحث يوضح بعض النقاط المتعلقة بذلك.

ومن صور العقود الفاسدة بين الناس في واقعنا المعاصر :

- أن يعمل الأجير لدى مؤسسة أو شركة، ولا تكون الشروط والقيود واضحة، فتكون الجهالة المفسدة للعقد .
- أن يضع سيارته أو آلة معينة لدى ورش الإصلاح، دون تحديد الأجر، ثم يقع الخلاف في تحديد الأجر عند استلامها .
- أن يستأجر عاملاً للعمل، دون تحديد الأجرة، أو ساعات العمل، أو طبيعة العمل، فتكون إجارة فاسدة .
- أن يستأجر سيارة دون تحديد زمن أو أجرة، فتهلك السيارة معه، فيكون الضمان بالإجارة الفاسدة .

ففي كل هذه الحالات وأمثالها، يفسد العقد، ويصار إلى تطبيق أحكام : (القبض في العقد الفاسد) الذي نحن بصدده .

منهجية البحث :

سلكت في البحث الخطوات التالية :

١- اعتمدت كتب الفقه في المذاهب الأربعة، والفقه المقارن، وكتب القواعد والأصول في تأصيل مسائل البحث، وإن كان الاهتمام بكتب المذهب الحنفي أكثر، على أنه صاحب نظرية الفساد ومنشئها.

٢- استخدمت طريقة الاستقراء في تتبع مسائل القبض الفاسد في المذاهب، ثم قارنت بينها، واستخلصت الأقوال في المسألة .

٣- اقتصرت على دراسة أبرز آثار القبض في العقد الفاسد، من حيث: التملك، والضمان، والأجور والمهور؛ لأنها أبرز المسائل المتأثرة بالقبض الفاسد، وذلك :

- لأن القول بالتملك يبيح سائر التصرفات في المملوك، من معاوضةٍ، وهبةٍ واستهلاكٍ ونحوه، والقول بعدمه يمنع ذلك كله.
- وتناول بحث الضمان، من الأهمية بمكان، فإن القبض أساس الضمان في العقود الصحيحة والفاسدة .
- وأما أثره في الأجور والمهور : فتكمن أهميته من حيث كثرة

المفسدات للعقود، وخاصة عقد الإجارة في هذا الزمن، وهذا ما يرجع بها إلى أجر المثل .

فلهذا اقتصرنا على أبرز هذه المؤثرات الثلاث، وإلا فإن مسائل القبض في العقد الفاسد كثيرة، والميدان واسع، فما من عقد من عقود (المعاوضات، أو التوثيقات، أو التبرعات، أو الإطلاقات . . .) إلا وله صورة صحيحة، وأخرى فاسدة، ونكون أمام رسالة كبيرة، لا بحث موجز.

٤- دعّمت الأقوال في المسائل بنصوص الفقهاء ؛ لأنها - في نظري - عماد البحث الفقهي لأمرين :

الأول : أن القارئ يطمئن لحكم المسألة أكثر من خلال هذا النص .

الثاني : أن الباحث قد يخطئ في إصدار الحكم، متوهماً فهم النص، فيقف القارئ على الحقيقة ويصحح المعلومة، ويُتدارك الخلل.

٥- خرَّجت الأحاديث من مظانها، ذاكراً رقم الحديث والكتاب والباب الذي اندرج تحتهما .

٦- أشرت إلى تاريخ وفاة أعلام الفقهاء عند ذكرهم، دون ترجمة ؛ طلباً للإيجاز، وبعداً عن إثقال الحواشي .

هذا وقد جاء البحث مكوناً من : مقدمة ومبحثين وخاتمة على النحو التالي :

- **المقدمة** : ما سبق بيانه .

- **المبحث الأول** : في تعريف القبض والعقد الفاسد وحكمه، ويشمل ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : تعريف القبض وبيان أقسامه .

المطلب الثاني : تعريف العقد الفاسد وبيان منشئه وأسبابه .

المطلب الثالث : حكم تعاطي العقد الفاسد .

- **المبحث الثاني** : في آثار القبض في العقد الفاسد، ويشمل ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : أثر القبض الفاسد في نقل الملكية .

المطلب الثاني : أثر القبض الفاسد في الضمان .

المطلب الثالث : أثر القبض الفاسد في الأجور والمهور .

- **الخاتمة** : في أبرز النتائج والتوصيات .

وأخيراً أقول : إن هذا البحث من عمل البشر، فقد يعتريه الخطل، ويقع فيه الزلل، وقد يجانب الصواب في بعض جوانبه، فأرجو ألا أعدم أخاً ناصحاً، وزميلاً مصوباً، فالمؤمن مرآة أخيه المؤمن، كما أرجوه سبحانه أن يجعل أعمالنا كلها مخلصةً لوجهه الكريم، والحمد لله رب العالمين، وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم .

المبحث الأول
تعريف القبض والعقد الفاسد وبيان حكمه

ويشمل ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : في تعريف القبض وبيان أقسامه .

المطلب الثاني : في تعريف العقد الفاسد وبيان منشئه وأسبابه .

المطلب الثالث : حكم تعاطي العقد الفاسد .

المطلب الأول

تعريف القبض وبيان أقسامه

أولاً : تعريف القبض والألفاظ ذات الصلة :

١- تعريف القبض :

لغة : يطلق القبض على عدة معان، أبرزها :

أ- **الجمع** : وهو خلاف البسط، تقول : بسط كفّه وقبضها، أي : جمعها، وجمع الطائر جناحيه : قبضهما، والقبضة : جميع الكف .

ب-**تناول الشيء**: وقبض الشيء : تناوله باليد ملامسةً، والقبض: يطلق على استلام المال باليد، وهو المعنى المراد ببحثنا .

ج-**الموت** : تقول : قُبِضَ الرجلُ : أي مات .

د- **الإسراع** : فالقبيض من الدواب : السريع نقل القوائم، والقابض : السائق السريع السوق، تقول : قبض الإبل : ساقها سوقًا عنيفًا .

هـ- **التضييق**: فالقابض: هو الذي يمسك الرزق وغيره عن الناس، قال تعالى : ﴿وَٱللَّهُ يَقْبِضُ وَيَبْصُۜطُ وَإِلَيْهِ تُرْجَعُونَ﴾[البقرة : ٢٤٥] .

و- **العزل عن الشيء** : تقول قبضته عن الأمر : أي عزلته[1] .

---

(١) لسان العرب (٢١٣/٧ - ٢١٥)، والمصباح المنير ص (٢٥٢) مادة: (قبض)، ومفردات الراغب الأصفهاني ص (٢٩٢)، والتعريفات ص (٢٢٠).

اصطلاحًا : عرفته الموسوعة الفقهية بأنه : (حيازة الشيء والتمكن منه)[١] .

سواء أكان مما يمكن تناوله باليد أم لا .

وقال الكاساني (ت : ٥٨٧هـ): (ولا يشترط القبض بالبراجم [٢]؛ لأن معنى القبض هو : التمكين والتخلي وارتفاع الموانع، عرفًا وعادةً حقيقة) [٣] .

فالقبض استيلاء على الشيء، وتمكنٌ منه، وارتفاع الموانع من التصرف فيه .

٢- الألفاظ ذات الصلة :

ثمة ألفاظ ذات صلة بالقبض، أبرزها :

أ- **النقد** : فالفقهاء يطلقون النقد على الإقباض والتسليم، إذا كان الشيء المعطى نقودًا . قال الفيومي : (ت : ٧٧٠هـ) : (نقدت الرجل الدراهم : بمعنى أعطيته، فيتعدى إلى مفعولين، ونقدتها له على الزيادة أيضًا، فانتقدها : أي قبضها) [٤] .

---

(١) الموسوعة الفقهية (٢٥٧/٣٢).

(٢) البراجم: هي مفاصل الأصابع. ر: لسان العرب (٤٦/١٢) (برجم).

(٣) بدائع الصنائع (١٤٨/٥).

(٤) المصباح المنير ص (٣١٩) (نقد)، ولقد اعتمد مصنفه كثيرًا على عبارة الرافعي في الشرح الكبير، فلذا استشهدنا بقوله على أنه عبارة فقهاء.

ولقد استخدم الفقهاء مصطلح النقد بمثابة القبض كثيرًا، قال السرخسي (ت : ٤٨٣هـ): (ولو قال: اشتريتها ونقدته الثمن، ثم جحدني الشراء . . .) [١] أي: أقبضته الثمن . وقال الكاساني (ت : ٥٨٧هـ) :

(. . . لأنه إذا كان نقد الثمن للبائع، فالملك لا يقع على البائع أصلاً)[٢] .

ويبدو أن استخدامهم للنقد بمعنى القبض، هو قاصر على قبض النقود، دون الأعيان، فلا يقال لقبضها نقد .

فالعلاقة بين النقد والقبض علاقة عموم وخصوص مطلق [٣]، فالقبض أعمّ من النقد وأشمل، فكل نقدٍ قبضٌ ولا عكس .

ب- الحيازة :

وهي **لغة** : ضم الشيء إلى النفس، تقول : حزته : أي ضممته وجمعته، وكل من ضمّ إلى نفسه شيئًا فقد حازه [٤] .

ويطلق الفقهاء لفظ الحيازة على القسمة والاختصاص بالشيء،

---

(١) المبسوط (١٧٦/١٠).

(٢) بدائع الصنائع (٢٤/٥).

(٣) **وتعريفه**: النسبة بين معنى ومعنى آخر مخالف له في المفهوم، وذلك من جهة أن أحدهما ينطبق على كل ما ينطبق عليه الآخر من أفراد، دون عكس. ويمثل لهما بدائرتين: كبرى وصغرى ضمنها. ر: المنطق ومناهج العلوم ص (٣٠).

(٤) لسان العرب (٣٤١/٥)، والمصباح المنير ص (٨٣) (حوز).

سواء أكان مقبوضًا أم لا . قال السرخسي (ت : ٤٨٣هـ) : (والمراد بالحيازة : القسمة ؛ لأنه يقال : حاز كذا، أي : جعله في حيزه بقبضه، وحاز كذا، أي : جعله في حيزه بالقسمة، ولو حملناه على القبض هنا كان تكرارًا، وحمل اللفظ على ما يستفاد به فائدة جديدة، أولى من حمله على التكرار)[1] .

وهكذا يبدو أن الحيازة تطلق أحيانًا على القبض، وأحيانًا على الفرز، وذلك فيما يتعلق بالقسمة . وقد تكون أحيانًا مع القبض، وتكون بدونه، فيقال : حازه وقبضه، وحازه دون قبض، وهذا ما يظهر من كلام أبي بكر لعائشة رضي الله عنهما قال : ((وإني كنت نحلتك جاد عشرين وسقًا، فلو كنت جددته واحتزته كان لك، وإنما هو اليوم مال وارث))[2].

والعلاقة بين الحيازة والقبض علاقة عموم وخصوص من وجه[3]، فالحيازة أعم من القبض من وجه، والقبض أعم منها من وجه.

ج- وضع اليد :

ويستعمل الفقهاء مصطلح (ذي اليد) بمعنى حوز الشيء، والمكنة

---

(١) المبسوط (١٢/٥٠).

(٢) الموطأ (٥٣٣) حديث (١٤٣٤) كتاب الأقضية، باب مالا يجوز من النَّحْل.

(٣) **وتعريفه:** النسبة بين معنىً ومعنىً آخر، من جهة انطباق كل منهما على بعض أفراد الآخر، وانفراد كل منهما بأفراد لا ينطبق عليها الآخر. ويمثل لهما بدائرتين متقاطعتين. ر: المنطق ومناهج العلوم ص (٣٠).

من استعماله، والانتفاع به [1] . ووضع اليد على الشيء يكون مرجحًا عند التداعي، فلو تساويا في الدعوى، وكان أحدهما واضع يد، حكم له بذلك . جاء في المادة (١٧٥٩) من مجلة الأحكام العدلية : (بينة ذي اليد أولى في دعاوي الملك المقيّد بسبب غير قابل للتكرار، كالنتاج، فلو تنازع الخارج وذو اليد في مُهْرةٍ [2]، وادعى كل منهما أنها ماله، مولودة من فرسه، ترجح بينة ذي اليد) .

ويبدو أن العلاقة بين وضع اليد والقبض، علاقة عموم وخصوص مطلق أيضًا، فالقبض أعم وأشمل من وضع اليد، الذي هو فرد من أفراده . فقد يكون القبض بوضع اليد، وقد يكون بالتمكين والتخلية .

ثانيًا : أقسام القبض :

يمكن تقسيم أنواع القبض إلى عدة تقسيمات، باعتبارات مختلفة:

١ - **تقسيم القبض باعتبار المقبوض** : ويقسم إلى قبض العقار وقبض المنقول .

أ- قبض العقار :

العقار : هو الضيعة والنخل والأرض [3]، ويمكن القول : هو

---

(١) الموسوعة الفقهية (٢٥٨/٣٢).

(٢) صغيرة الفرس.

(٣) لسان العرب (٥٩٧/٤) (عقر).

الأرض وما اتصل بها من بناء وشجر ونحوها . وهذا يكون قبضه بالتخلية وتمكين المشتري من التصرف فيه باتفاق الفقهاء [١]، على خلاف في بعض الشروط :

- **فالحنفية** : اشترطوا أن يكون العقار قريبًا من مكان إبرام العقد، فإن كان بعيدًا فلا عبرة بهذه التخلية . قال ابن عابدين (ت : ١٢٥٢هـ): (وإن كانت قريبةً كان قبضًا، وهي أن تكون بحال يقدر على إغلاقها، وإلا فهي بعيدة، وفي جمع النوازل : دفع المفتاح في بيع الدار تسليم، إذا تهيأ له فتحه بلا كلفة . . . وحاصله: أن التخلية قبض حكمًا، لو مع القدرة عليه بلا كلفة)[٢] .

- **وأما المالكية** : فصححوا الإقباض بالتخلية دون قيود . قال الخرشي (ت : ١١٠١هـ) : (العقار : وهو الأرض وما اتصل بها من بناء أو شجر، يدخل في ضمان المشتري في البيع الفاسد، بمجرد تخلية البائع بينه وبينه، وتمكينه من التصرف فيه بدفع المفاتيح) [٣] .

- **وأما الشافعية** : فقد اشترطوا لصحة القبض بالتخلية، ألا يخضع العقار للتقدير، من ذرعٍ ونحوه، فلو اشترط الأرض مذارعةً، فلا بد من

(١) بدائع الصنائع (١٤٨/٥)، والمادة: (٢٦٣) من مجلة الأحكام العدلية، والخرشي (١٥٨/٥)، ومغني المحتاج (٧١/٢)، والروض المربع (٤٨٥/٤).

(٢) رد المحتار (٩٦/٧).

(٣) الخرشي (١٥٨/٥).

الذرع، ولا يكفي التمكين [1] . كما أنهم فرقوا في قبض العقار بين الإجارة الصحيحة والفاسدة، فصححوه بالتخلية في الأولى دون الثانية . قال الشربيني (ت : ٩٧٧هـ) : (يستثنى من التسوية التخلية، فإنها تكفي في قبض العقار في الإجارة الصحيحة، ولا تكفي في الفاسدة، بل لا بد من القبض الحقيقي، وكذا الوضع بين يديه، تكفي في الصحيحة دون الفاسدة) [2] .

- **والحنابلة** صححوا قبض العقار، بالتخلية بلا حائل، دون شروط أخرى . قال البهوتي (ت : ١٠٥١هـ) : (وغيره، أي : غير ما ذكر، كالعقار والثمرة على الشجرة، قبضته بتخليته بلا حائل) [3] .

فالفقهاء متفقون على صحة قبض العقار بالتخلية والتمكين من التصرف فيه دون حائل، على خلاف يسير في بعض القيود والشروط .

ب- قبض المنقول :

وهو : ما ينقل، كالثياب والحيوان، ويدخل فيه ما يُتناول، كالجواهر والأثمان . وفي كيفية قبضه خلاف :

- إن كان مما يتناول باليد، كالذهب والفضة والنقود، والأدوات

(١) قواعد الأحكام ص (٧٢)، ومغني المحتاج (٧٣/٢).

(٢) مغني المحتاج (٤٨٩/٣).

(٣) الروض المربع (٤٨٥/٤).

الصغيرة، كالساعة ونحوها، فهذه يكون قبضها بالتناول بلا خلاف، قال الشربيني (ت : ٩٧٧هـ) : (وإن كان المنقول خفيفًا، فقبضه بتناوله باليد) [(١)] . وقال البهوتي (ت : ١٠٥١هـ): (ويحصل القبض فيما يتناول، كالجواهر والأثمان بتناوله، إذ العرف فيه ذلك) [(٢)] .

- وأما إن كان من المنقولات الأخرى، ففي قبضه قولان :

الأول : بالتخلية والتمكين وارتفاع الموانع عمومًا، وهو قول الحنفية، جاء في مجلة الأحكام العدلية : (تسلم العروض بإعطائها ليد المشتري، أو بوضعها عنده، أو بإرائها له مع الإذن بقبضها) [(٣)] . ودليلهم : أن التسليم في اللغة عبارة عن جعله سالمًا خالصًا، يقال : سلّم فلان لفلان : أي خلصه له، وقال تعالى : ﴿وَرَجُلًا سَلَمًا لِّرَجُلٍ﴾ [الزمر : ٢٩]، أي : سالمًا خالصًا، لا يشركه فيه أحد . فتسليم المبيع للمشتري هو جعل المبيع سالمًا للمشتري، أي : خالصًا له، بحيث لا ينازعه فيه غيره، وهذا يحصل بالتخلية، فكانت التخلية تسليمًا من البائع، والتخلي قبضًا من المشتري [(٤)] . جاء في المادة (٢٦٤) من مجلة

(١) مغني المحتاج (٧٣/٢)، و ر: قواعد الأحكام (٧٢/٢).

(٢) الروض المربع (٤٨٥/٤).

(٣) المادة (٢٧٤) من المجلة.

(٤) بدائع الصنائع (١٤٨/٥).

الأحكام العدلية : (متى حصل تسليم المبيع صار المشتري قابضًا له) .

الثاني : بالعرف، كالنقل والتحويل ونحوه، وهو قول الجمهور، قال الدردير (ت : ١٢٠١هـ) : (وقبض غيره، أي : غير العقار، من عروض وأنعام ودواب بالعرف الجاري بين الناس، كاحتياز الثوب، وتسليم مقود الدابة . . .) [١] . ونصوا صراحة على عدم صحة القبض بالتخلية والتمكين . قال عليش (ت : ١٢٩٩هـ) : (ولا يكون التمكن قبضًا، كالشركة الفاسدة بالعروض، ولا يضمن كل واحد سلعة صاحبه)[٢] . وقال الشربيني (ت : ٩٧٧هـ) : (وقبض المنقول، من حيوان أو غيره، تحويلُه)[٣] . وقال البهوتي (ت : ١١٠٥هـ) : (ويحصل القبض في صبرةٍ، وما ينقل، كثياب وحيوان بنقله) [٤] .

ودليلهم : ما رواه ابن عمر رضي الله عنهما قال : ((**كنا نشتري الطعام من الركبان جزافًا، فنهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نبيعه حتى ننقله من مكانه**))، وفي رواية : ((**حتى يحولوه**)) [٥] . وقاسوا غير

---

(١) الشرح الكبير (٣/١٤٥ - ١٤٦).

(٢) منح الجليل (٦/٣٤٦)، و ر: حاشية الدسوقي (٣/٧٠).

(٣) مغني المحتاج (٢/٧٣)، و ر: المجموع (٩/٣٣٤)، وقواعد الأحكام (٢/٧٧٢).

(٤) الروض المربع (٤/٤٨٥).

(٥) البخاري (٢١٢٣) كتاب البيوع، باب ما ذكر في الأسواق، ومسلم (١٥٢٧) كتاب البيوع، باب بطلان بيع المبيع قبل القبض، واللفظ له.

الطعام عليه، فكانوا يأمرون العبد بالانتقال من موضعه، ويسوقون الدابة ويحركونها من مكانها، ونحو ذلك . ولما كان العرف هو الحاكم في المسألة، فهو متغيّر بتغير الأزمان والأمكنة والعروض.

ومن استعراض القولين يبدو أنهما يؤولان إلى نتيجة واحدة، وهي العرف، كما صرح به الجمهور ؛ لأن الحنفية القائلين بالتخلية والتمكين، تركوا ذلك أيضًا للعرف، فما يحكم عليه العرف بأنه تخلية أو تمكين فهو قبض، وما لا فلا، وهذا ما نص عليه الكاساني بقوله : (القبض : هو التمكين والتخلي وارتفاع الموانع، عرفًا وعادة وحقيقة) [١] .

- أما لو كان المبيع من المكيلات والموزونات والعدديات، فهذا لا خلاف بأن قبضه يكون بكيله ووزنه وعدّه . قال البهوتي (ت : ١٠٥١هـ) : (ويحصل قبض ما بيع بكيلٍ بالكيل، أو بيع بوزنٍ بالوزن، أو بيع بعدٍّ بالعدّ، أو بيع بذرع بذلك الذرع) [٢].

ودليله : حديث عثمان رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال له : ((**إذا بعت فكِلْ، وإذا ابتعت فاكتل**)) [٣].

---

(١) بدائع الصنائع (١٤٨/٥).

(٢) الروض المربع (٤٨٣/٤)، ر: قواعد الأحكام (٧٢/٢)، ومغني المحتاج (٧٣/٢).

(٣) قال عنه ابن حجر: (وصله الدارقطني من طريق عبيد الله بن المغيرة المصري عن منقذ مولى ابن سراقة عن عثمان بهذا). ر: فتح الباري (٤٠٤/٤).

ولقد لخّص النووي (ت : ٦٧٦هـ) مسألة القبض، في العقار والمنقول والمتناول باليد قائلاً : (فقال أصحابنا الرجوع في القبض إلى العرف، وهو ثلاثة أقسام :

- **أحدها** : العقار والثمر والشجر، فقبضه بالتخلية .
- **والثاني** : ما ينقل في العادة، كالأخشاب، والحبوب، والحيتان، ونحوها، فقبضها بالنقل إلى مكان لا اختصاص للبائع به، سواء نقل إلى ملك المشتري، أو موات، أو شارع غيره، وفيه قول حكاه الخراسانيون، أنه يكفي فيه التخلية، وهو مذهب أبي حنيفة.
- والثالث : ما يتناول باليد، كالدراهم والدنانير، والمنديل والثوب، والإناء الخفيف، والكتاب، ونحوها، فقبضه بالتناول بلا خلاف)[1].

٢- تقسيم القبض باعتبار الحقيقة والحكم :

ويقسم بهذا الاعتبار إلى قسمين :

أ- قبض حقيقي : وهو ما تقدم الكلام عليه في المنقولات عند غير الحنفية، وذلك بالتناول باليد، أو بنقله وتحويله، حسب العرف[2].

ب- قبض حكمي : وهو التخلي والتمكين وارتفاع الموانع عرفًا وعادة

---

(١) المجموع (٣٣٤/٩).

(٢) الشرح الكبير (١٤٥/٣ - ١٤٦)، وقواعد الأحكام (٧٢/٢)، ومغني المحتاج (٧٣/٢)، والروض المربع (٤٨٥/٤).

وحقيقة، وهذا عند الحنفية خاصة [١] . قال الكاساني (ت : ٥٨٧هـ) : (فالتسليم والقبض عندنا : هو التخلية والتخلي، وهو أن يخلّي البائع بين المبيع والمشتري، برفع الحائل بينهما، على وجه يتمكن المشتري من التصرف فيه) [٢] . وجاء في المادة (٢٦٣) من مجلة الأحكام العدلية : (تسليم المبيع يحصل بالتخلية) .

ويمكن أن يلحق بهذا القسم (القبض الحكمي) في زماننا القبض في الوسائل الحديثة، كإدخال المال في حساب الشخص، فإنه يكون قبضًا حكميًا، ونحو ذلك .

٣- تقسيم القبض باعتبار الإذن فيه :

وقسمه عز الدين بن عبد السلام (ت : ٦٦٠هـ) بهذا الاعتبار إلى ثلاثة أقسام :

أ- قبض بمجرد إذن الشرع، فلا يحتاج إلى إذن المستحق، مثل : قبض اللقطة، قبض المغصوب من الغاصب، وهذا خاص بالولاة والحكام، وقبض أموال المجانين والمحجور عليهم، وقبض المضطر من طعام الأجانب ما تدفع به الضرورة، وقبض الإنسان حقه إذا ظفر به، ونحوها، فهذه تقبض مباشرة بإذنٍ من الشارع .

---

(١) بدائع الصنائع (١٤٨/٥).

(٢) المرجع السابق (٢٤٤/٥).

ب- ما يتوقف جواز قبضه على إذن مستحقه، كقبض المبيع، وقبض المتساوم، والقبض بالمبيع الفاسد، وقبض الرهون والهبات والصدقات والعواري، وقبض جميع الأمانات .

ج- قبض بغير إذنٍ من الشرع ولا من المستحق، فإن كان القابض عالمًا بتحريمه، فهو قبض المغصوب، وهو مضمون الأعيان والمنافع والصفات، وإن كان جاهلاً، مثل أن يقبض ما يعتقده لنفسه، فإذا هو لغيره، فلا إثم عليه، ولا إباحة فيه، وتضمن به العين والمنافع والصفات [1] .

(١) قواعد الأحكام (٢/٧١ - ٧٢).

المطلب الثاني

تعريف العقد الفاسد وبيان منشئه وأسبابه

أولاً : تعريف العقد :

العقد لغة : نقيض الحلّ، تقول : عقدت الحبل فهو معقود، ومنه عقدة النكاح، وعقد كل شيء : إبرامه، وعقد قلبه على الشيء : لزمه، وفي الحديث : ((**الخيل معقود بنواصيها الخير**)) [١]، أي : ملازم لها، كأنه معقود فيها [٢] . والعِقد - بكسر العين - : القلادة، وبفتحها : الإحكام والشد . قال الزركشي (ت : ٧٩٤هـ) : (في الأصل : مصدر عقدت الحبل : إذا جمعت أجزاءه جمعًا، ثم نقل إلى الشيء المعقود مجازًا) [٣] .

واصطلاحًا : عرفه الجرجاني (ت : ٨١٦هـ) بأنه : (ربط أجزاء التصرف بالإيجاب والقبول شرعًا) [٤] .

وعرفته مجلة الأحكام العدلية بنصها : (الانعقاد : تعلق كل من الإيجاب والقبول بالآخر، على وجه مشروع يظهر أثره في متعلقهما) [٥] .

---

(١) مسلم (١٨٧٣) كتاب الإمارة، باب الخيل في نواصيها الخير إلى يوم القيامة.

(٢) لسان العرب (٢٩٦/٣ - ٢٩٩) (عقد).

(٣) المنثور في القواعد (٣٩٧/٢).

(٤) التعريفات ص (١٩٨).

(٥) المادة (١٠٤) من المجلة.

ثانيًا: تعريف الفاسد:

١- تعريفه لغة واصطلاحًا:

لغة: نقيض الصالح، والمفسدة خلاف المصلحة [١]، كما أن الفساد يعني تغيير الشيء من الحال السليمة إلى الحالة الأخرى، بخروجه عن حدّ الاعتدال، فيقال: فسد اللحم واللبن والفاكهة والهواء: إذا أنتن واعتراه تغير أو عفونة حتى أصبح غير صالح. ثم استعمل لغة في جميع الأشياء والأمور الخارجة عن نظام الاستقامة، كالبغي والظلم والفتنة [٢]، فيقال: فسدت الأمور: أي تغيّرت واضطربت، ومنه قوله تعالى: ﴿ظَهَرَ ٱلْفَسَادُ فِى ٱلْبَرِّ وَٱلْبَحْرِ بِمَا كَسَبَتْ أَيْدِى ٱلنَّاسِ﴾ [الروم: ٤١].

اصطلاحًا: ثمة خلاف في تعريفه بين الفقهاء:

فعند الجمهور: هو ذاته الباطل، قال الرّصّاع (ت: ٨٩٤هـ): (ما قارنه عدم شرط، أو وجود مانع)[٣]، وقال الشربيني (ت: ٩٧٧هـ): (ما اختل ركن من أركانه، أو شرط من شروطه) [٤] فهو والباطل سواء.

---

(١) لسان العرب (٣/٣٣٥)، والمصباح المنير ص (٢٤٥) (فسد)، ومفردات الراغب الأصفهاني ص (٣٨١).

(٢) المدخل الفقهي العام (٢/٦٧٣).

(٣) شرح حدود ابن عرفة (٢/٣٧٧).

(٤) مغني المحتاج (٢/٣٠).

أما الحنفية : فقد فرقوا بين الخلل في الأصل والخلل في الوصف، وأثبتوا للفاسد بعض الأحكام، إذا اتصل به قبض . وقد عرفه الجرجاني (ت : ٨١٦هـ) بقوله: (هو الصحيح لا بوصفه، ويفيد الملك عند اتصال القبض) [١] . وعرفته مجلة الأحكام العدلية بنصها : (هو المشروع أصلاً لا وصفًا، يعني : أن يكون منعقدًا باعتبار ذاته، غير مشروع باعتبار بعض أوصافه الخارجة) [٢] . وعرفه الزرقا (ت : ١٤٢٠هـ) بقوله : (هو اختلال في العقد المخالف لنظامه الشرعي في ناحية فرعية متممة، يجعله مستحقًا للفسخ) [٣] .

ومثاله : كما لو اشترى عبدًا بخمر وقبضه وأعتقه، فإنه يعتق عليه، رغم انعقاده فاسدًا .

٢- الفرق بين الفاسد والباطل :

أ- تعريف الباطل :

الباطل لغة : نقيض الحق، وهو ما لا ثبات له عند الفحص [٤] .

واصطلاحًا : هو ذاته الفاسد عند جمهور الفقهاء، قال السيوطي

---

(١) التعريفات ص (٢١١).

(٢) المادة (١٠٩) من المجلة.

(٣) المدخل الفقهي (٦٨٧/٢).

(٤) لسان العرب (٥٦/١١)، ومفردات الراغب الأصفهاني ص (٦١) (بطل).

(ت : ٩١١هـ) : (والباطل والفاسد عندنا مترادفان) [١] .

أما عند الحنفية : فقد عرفه العبادي (ت : ٨٠٠هـ) بقوله : (والباطل: فائت الأصل والوصف، والفاسد : موجود الأصل فائت الوصف)[٢].

وعرفه الجرجاني (ت : ٨١٦هـ) بقوله : (والباطل : ما كان فائت المعنى من كل وجه، مع وجود الصورة) [٣] . وجاء تعريف البيع الفاسد في المجلة بأنه : (ما لا يصح أصلاً، يعني : أنه لا يكون مشروعًا أصلاً) [٤] .

ومثاله : عقد فاقد الأهلية، وبيع الحرّ، ونحوه .

ب- الفاسد والباطل عند الحنفية :

تفريق الحنفية بين الفاسد والباطل مقصور على المعاملات، أما في العبادات والنكاح فهما سواء، قال ابن نجيم (ت : ٩٧٠هـ) : (الباطل والفاسد عندنا في العبادات مترادفان، وفي النكاح كذلك)[٥] .

---

(١) الأشباه والنظائر ص (٢٨٦)، وقد سبق تعريف الشربيني للفاسد بأنه: (ما اختل ركن من أركانه، أو شرط من شروطه).

(٢) الجوهرة النيرة (٢٢٧/١).

(٣) التعريفات ص (٦٦).

(٤) المادة (١١٠) من المجلة.

(٥) الأشباه والنظائر ص (٣٣٧).

وربما أطلق الحنفية الفاسد وأرادوا به الباطل، قال المرغيناني (ت: ٥٩٣هـ) : (وبيع أم الولد والمكاتب فاسد، ومعناه : باطل)[١] .

ج- الفاسد والباطل عند الجمهور :

فرّق الجمهور بين الفاسد والباطل في مسائل محدودة :

- فالمالكية : فرقوا بينهما في عقد القراض والمساقاة [٢] .
- والشافعية : فرقوا بينهما في الحج والعبادات، والكتابة، والخلع، والعارية، والوكالة، والشركة، والقراض، في المعاملات [٣] .

قال الزركشي (ت : ٧٩٤هـ) : (واعلم أن أصحابنا فرقوا بين الفاسد والباطل في مواضع : أولها وثانيها : الخلع والكتابة، فالباطل منهما : ما كان على غير عوض مقصود، كالميتة، أو رجع إلى خلل في العاقد، كالصغر، والسفه، والفاسد : خلافه، وحكم الباطل : ألا يترتب عليه مال، والفاسد : يترتب عليه العتق والطلاق، ويرجع الزوج بالمهر، والسيد بالقيمة) [٤] .

---

(١) الهداية (٤٠٦/٦).

(٢) منح الجليل (٣٣٠/٧، ٤١٠).

(٣) الأشباه والنظائر (للسيوطي) ص (٢٨٦).

(٤) البحر المحيط (٢٦/٢).

وقال القاضي زكريا (ت : ٩٢٦هـ) : (فصل : في الفرق بين الكتابة الباطلة والفاسدة، وما تشارك فيه الفاسدة الصحيحة، وما تخالفها فيه، وغير ذلك . الكتابة الباطلة : وهي ما اختلت صحتها باختلال ركن من أركانها، ككون أحد العاقدين مكرهًا أو صبيًا أو مجنونًا . . . والفاسدة : وهي ما اختلت صحتها بكتابة بعضٍ من رقيق، أو فساد شرط، كشرط أن يبيعه كذا، أو فساد عوض كخمر، أو فساد أجل كنجم واحد) [1] .

- كما فرّق الحنابلة بين الفاسد والباطل، في الحج، والوكالة، والإجارة، والشركة، والمضاربة . ويقتربون من الحنفية أحيانًا في تقسيمهم للعقود، قال الرحيباني (ت : ١٢٤٣هـ) : (ويُتجه: أن المراد بالعقد الفاسد في المعاملات هو ما - أي - الذي اختل شرطه، وأن العقد الباطل هو : ما اختل ركنه، وأن العقد الصحيح هو : ما توافرا، أي : الشرط والركن) [2] .

ثالثًا : منشأ نظرية الفساد عند الحنفية :

يعتبر المذهب الحنفي رائد هذه النظرية ومنشئها، وفي هذا يقول الشيخ الزرقا (ت : ١٤٢٠هـ) : (لما نشأت الاجتهادات الفقهية

---

(١) منهج الطلاب (٤/٤٣٧ - ٤٣٨).

(٢) مطالب أولي النهى (٣/٥١٢).

واصطلاحاتها، أطلق فقهاء الحنفية الفساد على معنى تشريعي مدني جديد، فاستعملوه للدلالة على حالة يعتبرون فيها العقد مختلاً في بعض نواحيه الفرعية اختلالاً يجعله في مرتبةٍ بين الصحة والبطلان، فلا هو بالباطل غير المنعقد ؛ لأن مخالفته لنظامه الشرعي ليست مخالفة في ناحية جوهرية، كما في حالة البطلان، ولا هو بالصحيح التام الاعتبار ؛ لأن فيه إخلالاً بنظام التعاقد، ولو أن هذا الإخلال في ناحية فرعية غير جوهرية . . . فالعقد عند جمهور المجتهدين - بالنسبة إلى وجوده الاعتباري وعدمه - هو بين حالتين اثنتين : إما صحيح، وهو المنعقد، وإما باطل أو فاسد، وهو غير المنعقد، وذلك عندما يخالف العقد الأمر والنهي الشرعيين في نظام التعاقد . غير أن الاجتهاد الحنفي لحظ أن صور المخالفات ليست في درجة واحدة، بل منها مخالفات أساسية، ومنها فرعية، فلا ينبغي أن تكون النتيجة واحدة في الحالين ؛ لأن قوة الجزاء المؤيد يجب أن تتناسب مع درجة المخالفة للنظام، والعقد المخالف لنظامه في ناحيةٍ فرعية فقط، هو موافق للنظام المشروع في جميع النواحي الأساسية، وتوافرت فيه أركانه وسائر مقوماته وشرائطها، فيجب أن يكون في مرتبة بين البطلان والصحة) [١] .

فقد نقلنا هذا النص - بطوله - من كلام الشيخ الزرقا ؛ لأنه موضح تمامًا لمنشأ نظرية الفساد، التي كان الاجتهاد الحنفي رائدها .

---

(١) المدخل الفقهي (٦٧٣/٢ - ٦٧٤).

رابعًا : النهي وأثره في الفساد :

يرى جمهور الفقهاء أن النهي يقتضي الفساد (البطلان) ؛ لأن مقتضاه منافاة مشروعية الفعل المنهي عنه مطلقًا، دون تمييز بين النواحي التي يتعلق بها النهي، وبذلك لم يفرقوا بين الفاسد والباطل[1].

ويرى الحنفية أن مجرد النهي عن الفعل، لا يدل على عدم مشروعيته أصلاً حتمًا، بل قد تجتمع مشروعية أصل الفعل مع النهي عنه . قال السرخسي (ت : ٤٨٣هـ) : (والبيع الفاسد ينعقد موجبًا للملك، إذا اتصل به القبض عندنا، وعند الشافعي لا ينعقد للملك، وفي الحقيقة : هذه المسألة تنبني على مسألة من أصول الفقه، وهو : أن النهي عن العقود الشرعية لا يخرجها من أن تكون مشروعة عندنا . . . والشافعي يقول في البيوع الفاسدة : النهي لمعنى في غير المنهي عنه، ولهذا أفسد البيع)[2] .

ولقد فصل الشيخ الزرقا (ت : ١٤٢٠هـ) اتجاه الحنفية في هذه المسألة على النحو التالي :

أ- النهي عن أمر ليس مشروعًا أصلاً : فيكون الفعل المنهي عنه

---

(١) المستصفى (٢/٢٤)، وروضة الناظر (٢/٦٥٢)، وإرشاد الفحول ص (١٠٩)، والمدخل الفقهي (٢/٦٧٥).

(٢) المبسوط (١٣/٢٢ - ٢٣).

باطلاً محضًا، لا يفيد صاحبه ثمرةً أو منفعةً، كالنهي عن الزنى والقتل والغصب، فلا يثبت في الزنى المحض نسب ولا مهر، ولا يرث القاتل من قتيله، ولا يملك الغاصب المغصوب بحال . ومثلها النهي عن بيع الملاقيح والمضامين، فإنها ليست محلاً للعقد، وكذلك الملامسة والمنابذة، فإنها عارية عن الرضا، فليس لهذه المنهيات أي اعتبار في الشرع .

ب- النهي عن أمر مشروع الأصل، صاحبه وصف قبيح : كالنهي عن الربا، فإنه عقد بيع مشروع الأصل، لكنَّ فيه وصفًا زائدًا يستقبحه الشرع، وهو اشتماله على فضل بلا عوض، فيكون منعقدًا انعقادًا فاسدًا، أي : مختلاً من ناحية فرعية منه، يجعله مستحقًا للإبطال، ما لم يمنع من إبطاله مانع [١]، فإن كان ذلك استقرّ اعتباره، وثبت حكمه.

ج- النهي عن أمر مشروع الأصل حسن الوصف : وذلك لعلة خارجية محضة، لا تتعلق بأصل العقد ولا وصفه، مثل : النهي عن البيع وقت أذان الجمعة، فهذا النهي لا يوجب بطلانًا ولا فسادًا ؛ لأن البيع من حيث إنه عقد مدني، هو متكامل الشرائط الذاتية، وإنما لمعنى خارجي، هو الالتهاء بالعقد عن العبادة الواجبة، فمقتضاه : مجرد الحرمة الدينية، ومثله لو انشغل بالبيع عن أي صلاة من

---

(١) كأن تعلق به حق الغير، بأن تباع السلعة المشتراة شراءً فاسدًا، أو ينعدم محل العقد، كأن يكون شاة فتذبح، وفي هذا وذاك يتعذر الرد والإبطال.

الصلوات المفروضة حتى فاتت، فإنه يأثم، غير أنه لا يؤثر في صحة العقود التي مارسها عوضًا عن العبادة التي مارسها. ومثل هذه الصورة من النهي : خطبة الإنسان على خطبة أخيه، وسومه على سوم أخيه، إلا أن يأذن . فإن هذه العقود لا تستوجب بطلانًا أو فسادًا من الوجهة المدنية القضائية، إنما هي الكراهة الدينية .

ثم يخلص الزرقا - رحمه الله تعالى - إلى القول : (ونحن إذا ساوينا بين النتائج في جميع حالات النهي، دون نظرٍ إلى علة النهي وهدفه، نكون قد ساوينا بين ماهية عقلية كاملة سليمة، وأخرى ناقصة)[1] .

خامسًا : أسباب فساد العقد :

من استقراء أسباب الفساد في العقود، يبدو أنها ترجع إلى أسباب كثيرة، أبرزها أربعة رئيسة، هي : الجهالة، الغرر، الإكراه، الشرط الفاسد.

١- **الجهالة** : وهي الفاحشة التي تفضي إلى نزاعٍ مشكل، يتعذر حسمه؛ لتساوي حجة الطرفين في المسألة . فإن العقد في مثل هذه الحالة يكون فاسدًا، بخلاف الجهالة اليسيرة، فإنها لا تفضي إلى منازعة .

وهذه الجهالة قد تكون في المعقود عليه، وقد تكون في العوض،

(١) المدخل الفقهي (٦٧٥/٢ - ٦٧٩).

وقد تكون في الأجل .

أ- **الجهالة في المعقود عليه** : قال الكاساني (ت : ٥٨٧هـ) : (وكما أن ترك التعيين في الملبوس عند العقد يفسد العقد، فكذلك ترك تعيين اللابس، وهذه جهالة تفضي إلى المنازعة؛ لأن صاحب الثوب يطالبه بإلباس أرفق الناس في اللبس، وصيانة الملبوس، وهو يأبى أن يلبس إلا أحسن الناس في ذلك، ويحتج كل واحد منهما بمطلق التسمية، ولا تصح التسمية مع فساد العقد)[(١)] .

ومثل ذلك : بيع شاة من قطيع، وثوب من عدة أثواب .

ب- **الجهالة في العوض**: وكأن يؤجر دابته بأجرة مجهولة، كأن يقول : أجرتها علفها، وهو قدر مجهول، أو يقول : أجرتي كذا، مقابل أن أساعدك في حفر البئر، دون تحديد مقدار المساعدة[(٢)]، فهو عوض مجهول .

ج- **جهالة في الأجل** : كأن يشتري منه سلعة، ويقول له : أعطيك الثمن حين الميسرة، فذاك أجل مجهول .

٢- **الغرر** : وهو الخدع والإيهام والخطر في الأمر[(٣)] . ولقد ((**نهى**

---

(١) بدائع الصنائع (٢٠٧/٤).

(٢) مطالب أولي النهى (٣٤٧/٣).

(٣) لسان العرب (١١/٥)، والمصباح المنير ص (٢٣٠) (غرر).

النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الحصاة وبيع الغرر)) [1] . قال الخطابي (ت : ٣٨٨هـ) : (أصل الغرر : هو ما طوي عنك علمه، وخفي عليك باطنه وسرّه . . . وذلك مثل : أن يبيعه سمكًا في الماء أو طيرًا في الهواء، أو لؤلؤة في البحر . . . وإنما نهى صلى الله عليه وسلم عن هذه البيوع تحصينًا للأموال أن تضيع، وقطعًا للخصومة والنزاع أن يقعا بين الناس فيها) [2] .

وهذا الغرر نوعان :

أ- غرر في أصل المعقود عليه : كما في الأمثلة السابقة (بيع السمك في الماء، والطير في الهواء) ويكون العقد معه باطلاً .

ب- غرر في الأوصاف والمقادير : كما لو باع بقرة، على أنها تحلب كذا رطلاً، أو باع شاة على أنها حامل ذكر مثلاً، فالبيع فاسد للغرر. وأكثر ما يذكر الفقهاء الفساد للغرر، في البيوع والشركات، كما لو حُدِّد لأحد الشريكين مقدار مقطوع من الربح، فإنها تفسد للغرر [3] .

جاء في المادة (١٣٣٦) من مجلة الأحكام العدلية : (يشترط أن

(١) مسلم (١٥١٣) كتاب البيوع، باب بطلان بيع الحصاة والبيع الذي فيه غرر، وأبو داود (٣٣٧٦) كتاب البيوع، باب في بيع الغرر.

(٢) معالم السنن (٦٧٥/٣).

(٣) المدخل الفقهي (٦٩٣/٢ - ٦٩٤).

تكون حصص الربح التي تنقسم بين الشركاء جزءًا شائعًا، كالنصف والثلث والربع، فإذا اتفق الشركاء على إعطاء أحدهم قدرًا معينًا كانت الشركة باطلة) أي : فاسدة، فأحيانًا يطلقون البطلان، ويريدون به الفساد، ويطلقون الفساد ويريدون به البطلان (١) .

٣- **الإكراه** : **وهو لغة** : الحمل على أمرٍ مكروه، تقول : أكرهته، أي : حملته على أمر هو له كاره (٢) .

واصطلاحًا : عرفه البزدوي (ت : ٤٨٢هـ) بقوله : (هو حمل الغير على أمر يمتنع بتخويفٍ، يقدر الحامل على إيقاعه، ويصير خائفًا به فائت الرضا بالمباشرة) (٣) .

وعقد المكرَه باطل، لا أثر له عند جمهور الفقهاء (المالكية والشافعية والحنابلة) ؛ لأن المكرَه مسلوبُ الرضا، الذي هو ركن من أركان العقد، والمُعبَّر عنه بالصيغة (٤) .

---

(١) الهداية (٤٠٦/٦)، حيث قال المرغيناني: (وبيع أم الولد والمكاتب فاسد، ومعناه: باطل).

(٢) لسان العرب (٥٣٥/١٣) (كره).

(٣) أصول البزدوي مع كشف الأسرار (٣٨٣/٤).

(٤) مواهب الجليل (١٢/٦)، ومغني المحتاج (٣/٢)، وأعلام الموقعين (٩٩/٣)، إلا أن الحنابلة صححوا عقد المكرَه في النكاح، قال ابن قدامة: (وإذا عقد النكاح هازلاً أو تلجئة صح) المغني (٤٣١/٧).

أما عند الحنفية، فإن عقد المكرَه فاسد ؛ لأن الرضا عندهم شرط من شروط الصحة، خلافًا لزفر (ت : ١٥٨هـ) الذي يراه موقوفًا . قال الكاساني (ت : ٥٨٧هـ) : (فالبيع والشراء والهبة والإجارة ونحوها، فالإكراه يوجب فساد هذه التصرفات عند أصحابنا الثلاثة، رضي الله عنهم، وعند زفر رحمه الله، يوجب توقفها على الإجازة كبيع الفضولي)[١].

٤- **مصاحبة الشرط الفاسد** : وهو عند الحنفية : ما لا يقتضيه العقد، أو نهى عنه الشرع، أو فيه منفعة لأحد المتعاقدين، أو للمعقود عليه، وهو من أهل الخصومة، وليس للناس فيه تعامل [٢]، نحو : أن يشتري ثوبًا بشرط الخياطة، أو سلعةً ما بشرط حملها إلى المنزل، ونحو ذلك، وتعليلهم للفساد : أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وشرط [٣]، فإذا صاحب هذا الشرط ونحوه العقد كان فاسدًا [٤] .

فهذه الأربعة (الجهالة، الغرر، الإكراه، الشرط الفاسد) هي أبرز

---

(١) بدائع الصنائع (١٨٦/٧).

(٢) المبسوط (١٥/١٣)، والجوهرة النيرة (٢٠٢/١).

(٣) التلخيص الحبير ص (١١٥٠) وهو حديث ضعيف، إنما أعمل الحنفية روحه، واحتكموا إلى مقصده ومعقوله.

(٤) وهذا عند الحنفية خاصة، الذين يضيقون من دائرة تصحيح الشروط الجعلية، خلافًا لمتأخري الحنابلة، الذين يرون أن الأصل في الشروط الصحة.

أسباب فساد العقود، ذكرناها بإيجاز ؛ لبيان طبيعة العقد الفاسد، الذي هو محور بحثنا .

المطلب الثالث
حكم تعاطي العقد الفاسد

رغم أن العقد الفاسد منعقد، إلا أنه محرم ؛ لأنه معصية كالمغصوب .

- قال ابن عابدين (ت : ١٢٥٢هـ) : (إذا كان السلم فاسدًا، يجب على المسلّم إليه رد المال ؛ لأنه في يده كالمغصوب، والمغصوب يجب ردّه) [١] .
- وقال الحطّاب (ت : ٩٥٤هـ) : (وأما إذا لم يتغير المبيع بيعًا فاسدًا، وبقي على حاله، فالانتفاع به حرام، والإقدام على بيعها [٢] لمشتريها شراءً فاسدًا لا يجوز، وشراؤها لمن علم بفسادها وعقدها وعدم تغير معصية) [٣] .
- وقال القاضي زكريا (ت : ٩٢٦هـ) : (وحيث فسد، أي المبيع، لفقد شرط، أو لشرط فاسد، مع قبض مشترٍ للمبيع، ولو بإذن البائع،

(١) العقود الدرية (٢٧٦/١).

(٢) أي: الأمة، أو السلعة على العموم.

(٣) مواهب الجليل (٣٨١/٤).

فكالغصب، بمعنى المغصوب، ولأنه مخاطب كل لحظة برده)[1] .

- وقال المرداوي (ت: ٨٨٥هـ) : (يحرم تعاطيهما عقدًا فاسدًا)[2] .

فالفقهاء متفقون على أن تعاطي العقد الفاسد حرام، وهو كالمغصوب، لا يحلّ الانتفاع به، والمطلوب الفسخ والردّ .

والحديث عن حكم الفسخ ورد المبيع، يتناول النقاط التالية :

حكم الفسخ والرد، من له سلطة الفسخ، موانع الرد، الإفاتة عند المالكية .

أولاً : حكم الفسخ ورد المبيع :

اتفقت كلمة الفقهاء على وجوب فسخ العقد الفاسد، ورد المبيع إلى صاحبه ؛ لأن الإبقاء عليه محرم، وهذا ما يظهر من نصوصهم :

- قال علي حيدر : (فالواجب على كل من المتعاقدين فسخ البيع الفاسد لإزالة الفساد ؛ لأن البيع الفاسد معصية)[3] .

- وقال عليش (ت : ١٢٩٩هـ) : (قال ابن رشد : هذا الشرط من الشروط التي يفسد بها البيع، ولأنه غرر، فالحكم فيه الفسخ مع قيام

---

(١) الغرر البهية (٤٣٥/٢).

(٢) الإنصاف (٤٧٣/٤).

(٣) درر الحكام (٣٩٦/١)، والمادة (٣٧٢) من مجلة الأحكام العدلية.

السلعة، شاءا أو أبيا) [١] .

- وقال الرملي (ت : ١٠٠٤هـ) : (قال شيخنا : وذكر في البيع أنه لو اشترى شراءً فاسدًا، فعليه رده) [٢] . ونحو ذلك قاله البهوتي [٣] .

فالفقهاء متفقون على وجوب فسخ العقد الفاسد ورد المبيع، إلى صاحبه بلا مخالف .

ثانيًا : مَنْ له سلطة الفسخ :

يرى الحنفية أن كل واحدٍ من المتعاقدين يملك الفسخ من غير رضا الآخر، إن كان قبل القبض، كيف ما كان الفساد ؛ لأن البيع الفاسد لا يفيد الملك قبل القبض، فكان الفسخ قبل القبض بمنزلة الامتناع عن الإيجاب والقبول، فيملكها كل واحد منهما، كالفسخ بخيار شرط العاقدين .

وأما إن كان بعد القبض، ففي المسألة تفصيل :

- إن كان الفساد راجعًا إلى البدل، فحكمه حكم ما كان قبل القبض، فلكلٍ من المتعاقدين فسخه ؛ لأن الفساد الراجع إلى البدل فساد في صلب العقد، وهو فساد قويّ، يسلب اللزوم بحق العاقدين .

---

(١) فتح العلي المالك (٣٤٢/١).

(٢) حاشية الرملي على أسنى المطالب (٤٣٣/٢).

(٣) شرح منتهى الإرادات (٣٢٠/٢).

- وإن لم يكن الفساد راجعًا إلى البدل، فولاية الفسخ تكون لصاحب الشرط ؛ لأنه هو القادر على تصحيح العقد بحذف الشرط، ولو ساغ للآخر الفسخ لأبطل حقه في التصحيح [1] .

قال المرغيناني (ت : ٥٩٣هـ) : (ولكل واحد من المتعاقدين فسخه، رفعًا للفساد، وهذا قبل القبض ظاهر ؛ لأنه لم يفد حكمه ليكون الفسخ امتناعًا منه، وكذا بعد القبض، إذا كان الفساد في صلب العقد لقوته، وإن كان الفساد بشرط زائد، فلمن له الشرط ذلك، دون مَنْ عليه؛ لقوة العقد) [2] .

ثالثًا : موانع الردّ :

رغم أن المقبوض فاسدًا واجب الرد، إلا أن ثمة موانع تحول دون ذلك، وبالتالي يأخذ حكمه، وهي :

١- هلاك المقبوض أو تغيّر حاله :

فمن شروط رد المبيع أن يبقى على حاله، يوم قبضه المشتري من البائع، لكن إذا هلك المبيع عند المشتري، أو استهلكه، أو غيّر شكله تغييرًا يتبدل به اسمه، كما لو كان قمحًا فطحنه، أو كان دقيقًا فخبزه، أو أحدث فيه زيادة، كما لو كان المبيع دارًا فعمّرها، أو أرضًا فغرس فيها

---

(١) بدائع الصنائع (٣٠٠/٥)، والمدخل الفقهي (٧٠٤/٢).
(٢) الهداية مع العناية (٤٦٥/٦).

شجرًا، ونحو ذلك [١]، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، أما عند الصاحبين، فإن ذلك لا يمنع الرد، قال السرخسي (ت : ٤٨٣هـ) : (وإذا اشترى دارًا شراء فاسدًا وبناها، فللبائع قيمتها، وينقطع حقه في الاسترداد عند أبي حنيفة، وعند أبي يوسف ومحمد لا ينقطع حقه في الاسترداد، ولكن يهدم بناء المشتري، فيرد الدار على البائع ؛ لأنه بنى في بقعة غيره أحق بتملكها منه، فينقض بناءه للرد على صاحب الحق) [٢].

وامتناع الفسخ في جميع هذه الأحوال وأمثالها، يترتب عليه أن تستقر الملكية [٣]، أو الحكم الذي ثبت بتنفيذ العقد الفاسد .

٢- تعلق حق الآخرين :

إذا أدى فسخ العقد الفاسد إلى إبطال حقوق قد اكتسبها غيرُ المتعاقدين في المعقود عليه، كان مانعًا شرعيًا من الرد . وعلى هذا لو قبض المشتري المبيع في بيع فاسد حتى اعتبر مالكًا له بالقبض، ثم باعه، أو وهبه، أو رهنه بعقد صحيح، أو وقفه، امتنع فسخ البيع الأول، واستقر الحكم، الذي ثبت بتنفيذه .

وغاية الفقهاء من منع الفسخ رغم الفساد، عند حصول أحد هذين

---

(١) مجلة الأحكام العدلية، المادة (٣٧٢).

(٢) المبسوط (١٤٨/٤).

(٣) وهذا عند الحنفية خاصة؛ لأنهم يقولون: بأن المبيع بيعًا فاسدًا يُملك بالقبض، كما سيأتي الحديث عنه. ر: المبسوط (١٣١/٣٠)، وبدائع الصنائع (٧٧/٥).

الأمرين، إنما هو الحرص على استقرار التعامل، وصيانة الحقوق المكتسبة [1] .

٣- الإفاتة عند المالكية :

وهذا المصطلح، اختص به المالكية دون غيرهم، ويعنون بذلك تعذّر رد المبيع إلى صاحبه، ولأهمية هذا المعنى في القبض الفاسد، نفصل فيه الحديث [2] على النحو التالي :

أ- معنى الإفاتة :

الإفاتة لغة : من فوات الشيء، وهو ذهابه، وفاتني الأمر فَوْتًا وفواتًا : ذهب عني، وفاتت الصلاة : خرج وقتها [3] .

واصطلاحًا : عرفها ابن عرفة (ت : ٨٠٣هـ) بقوله : (تغير المبيع بمعتبر فيه) [4] . وبيّن الدردير (ت : ١٢٠١هـ) شرط الفوات بقوله : (الفوات : يكون بتغيّر سوق غير المثلي، وأما المثلي، فلا يفوت بتغير سوقه، وهذا إذا لم يبع جزافًا، وإلا فيفوت بتغير سوقه، واللازم فيه

---

(١) المدخل الفقهي (٧٠٣/٢ - ٧٠٤).

(٢) يبدو أن المذهب المالكي فصّل الحديث عن المسألة (موانع الرد) أكثر من غيره، ولذلك خصصنا الإفاتة بالدراسة المفصلة.

(٣) لسان العرب (٦٩/٢)، والمصباح المنير ص (٢٤٩) (فوت).

(٤) شرح حدود ابن عرفة (٣٧٦/١).

القيمة، وغير العقار، كالعروض والحيوان، وأما العقار : وهو الأرض وما اتصل بها من بناء وشجر، فلا تفوت بتغيّر سوقه، كالمثلي، ويُردُّ بعينه)[١] .

فقد ظهر لنا أن الإفاتة مقصورة على العروض والحيوان، أما العقار والمثلي - إذا لم يبع جُزافًا - فلا تؤثر فيهما إفاتة الأسواق، ويُردَّ كل منهما بعينه .

فإذا تغير حال عروض التجارة والحيوان، بزيادة أو نقص - بشيء معتبر كما عبّر عنه ابن عرفة - فإنه يتعذر ردُّه إلى صاحبه، ويصار إلى القيمة، بخلاف العقار والمثلي، فالأول يرد بذاته، والثاني - مكيلاً أو موزونًا - يردّ مثله . قال الحطاب (ت : ٩٥٤هـ) : (وإن كان على الوزن، لم يفت بحوالة الأسواق، وليردّه أو مثله) [٢] .

ب- ما تحصل به الإفاتة :

تحصل الإفاتة بالنسبة إلى العروض والحيوان بما يلي :

١- طول مكث الحيوان عند المشتري، وإن لم يتغير سوقه .

٢- نقل المبيع بيعًا فاسدًا من مكان إلى آخر بكلفة .

٣- تغيّر حال المبيع .

---

(١) الشرح الصغير (١١٢/٣).

(٢) مواهب الجليل (٣٨٣/٤).

قال الدردير (ت : ١٢٠١هـ) : (. . . وبطول زمان حيوان عند المشتري بعد قبضه، ولو لم يتغير سوقه ولا ذاته، والطول : كشهر، كما في المدونة . . . ويحصل الفوات بالنقل، أي : بنقل المبيع فاسدًا من محل لمحل آخر بكلفة في الواقع، وإن لم يكن على ناقله كلفة، لحمله على دوابه بعبيده، أو في سفينته . . . ويحصل الفوات بتغير الذات للمبيع فاسدًا بعيب، كعَوَر وعَرَج) [1] .

٤- الإفاتة بالبيع الصحيح :

فلو باع القابض فاسدًا المبيع لآخر بيعًا صحيحًا، فات رد الفاسد إلى بائعه الأول، قال الحطاب (ت : ٩٥٤هـ) : (قال الفاكهاني : . . . البيع الصحيح يفيت الفاسد، وليس المراد أن البيع الأول يمضي على ما هو عليه، فإن ذلك لا يقوله مالك، ولا أحد من أصحابه، ولكن المراد أن المبيع فات بحيث لا يُردّ على البائع، ويكون للبائع القيمة) [2] .

لكن قيّد عليش (ت : ١٢٩٩هـ) صحة الإفاتة بالبيع الصحيح، بألا يقصد القابض فاسدًا ببيعه هذا الإفاتة، فإن قصدها، فسخ البيع الثاني وجوبًا مناقضةً لقصده، وبذلك قال : (ومحل كون بيع المشتري شراءً فاسدًا، ما اشتراه بيعًا صحيحًا بعد قبضه، أو قبله على الراجح فوتًا

(١) الشرح الصغير (١١٢/٣).

(٢) مواهب الجليل (٣٨١/٤).

للبيع الفاسد : إذا لم يقصد ببيعه إفاتته، لا إن قصد المشتري بالبيع الصحيح بعد القبض أو قبله الإفاتة للبيع الفاسد، فلا يفيته، معاملةً له بنقيض قصده، ويفسخ وجوبًا، كمبيع فاسد، لم يحصل فيه ولا غيره من المفوّتات)[١] .

ج- زوال المفيت :

فقد تبين لنا مما سبق، أن موانع ردّ غير المثلي : تغيّر قيمة المقبوض فاسدًا في الأسواق، وتغيّر حاله بنقصٍ أو زيادة، وبنقله إلى مكان آخر بكلفة، وطول مكث للحيوان خاصة عند المشتري، لكن لو زال السبب المفيت، فهل يُردّ المقبوض فاسدًا على صاحبه، تطبيقًا لقاعدة : (إذا زال المانع عاد الممنوع)[٢] ؟ .

يبدو أنه يزول حكم الإفاتة، ويرد المقبوض فاسدًا إلى صاحبه، وهو الأصل . قال عليش (ت : ١٢٩٩هـ) : (وإن حصل في المبيع فاسدًا مُفيتٌ، ووجبت قيمته أو مثله، دفع ذلك أم لا، ولم يحكم حاكم بعدم ردّه، ثم عاد المبيع لحاله، ارتفع، أي : زال الحكم الذي اقتضاه المفيت، وهو مضيُّ البيع ووجوب القيمة أو المثل، إن عاد المبيع لما كان عليه، فيكون بمنزلة ما لم يحصل فيه مفيت، ردّه لبائعه الأصلي، سواء

---

(١) منح الجليل (٥/٧٥).

(٢) القاعدة (٢٣) من قواعد الزرقا، وهي المادة (٢٤) من المجلة.

كان عوده باختياره، كشرائه بعد بيعه، أو بغيره كإرثه)[1].

ويلاحظ أن الردّ الحاصل بزوال المفيت مقيد بأمرين :

الأول : ألا يكون قد صدر حكم بعدم رده، وتملكه المشتري .

الثاني: أن يعود المبيع إلى ما كان عليه، وهو حالته الأصلية، قبل الإفاتة.

وعلى هذا المعنى نص الزرقا (الأب) (ت : ١٣٥٧هـ) بشرحه على القاعدة السابقة (إذا زال المانع عاد الممنوع) قائلاً : (ومنها : ما لو وهب عينًا لآخر، فزاد الموهوب له فيها زيادة متصلة، غير متولدة، حتى امتنع حق الرجوع، فإذا زالت تلك الزيادة عاد حق الرجوع)[2] .

فالخلاصة : أن زوال المفيت يوجب الرد ؛ لأنه عودة للأصل، وهو عدم الإبقاء على القبض الفاسد المحرم .

---

(١) منح الجليل (٥/٧٦).

(٢) شرح القواعد الفقهية ص (١٩١).

المبحث الثاني

آثار القبض الفاسد

ويشمل ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : أثر القبض الفاسد في نقل الملكية .

المطلب الثاني : أثر القبض الفاسد في الضمان .

المطلب الثالث : أثر القبض الفاسد في الأجور والمهور .

لا يثبت للعقد الفاسد أي حكم بمجرد انعقاده، كالعقد الصحيح، بل يتأخر إلى وقت تنفيذه، فلا يملك المشتري المبيع بتمام الإيجاب والقبول، إنما بعد تسلمه . فقد نصت المادة (٣٧١) من المجلة : (البيع الفاسد يفيد الحكم عند القبض) .

يقول الزرقا (ت : ١٤٢٠هـ) رحمه الله تعالى : (ووجهة نظر الفقهاء في تأخير حكم العقد الفاسد إلى تاريخ التنفيذ : أنه ما دام مستحقاً للفسخ، وهو عرضة للإبطال - حتى بإرادة القاضي ولو لم يطلب إبطاله أحد الطرفين - فليس من المصلحة الشرعية تعجيل بناء حكم على عقد يوجب الشرع نقضه ؛ لأن الدفع أسهل من الرفع، ولكن إذا وقع التنفيذ والعقد منعقد، لم يبق مناصٌ من إثبات حكم العقد) [1].

وفيما يلي، سنقف في ثنايا هذا المبحث عن الآثار المترتبة على العقد الفاسد، بعد القبض، إذ لا أثر له قبل ذلك، إنما هو واجب الفسخ ديانةً وقضاءً، كما مرّ معنا، وهي : أثره في نقل الملكية، أثره في الضمان، أثره في الأجور والمهور . فهذه أبرز مؤثرات القبض الفاسد .

المطلب الأول: أثر القبض الفاسد في نقل الملكية

قلنا: إنه لا يثبت للعقد الفاسد أي أثر بمجرد العقد، كما في العقد الصحيح، إنما تثبت آثاره بالقبض، فاستناداً لهذا، هل تثبت ملكية المبيع

---

(١) المدخل الفقهي (٢/٦٩٩).

بيعاً فاسداً بعد قبضه ؟

يبدو أن المسألة فيها ثلاثة أقوال :

الأول : أن المبيع يُتملك بالقبض الفاسد، وهو قول الحنفية، ومقابل الصحيح عند الحنابلة .

الثاني : أن القبض الفاسد لا يفيد الملك، وهو قول الشافعية، والصحيح في مذهب الحنابلة .

الثالث : ومفاده : أن القبض الفاسد ينقل الملكية، إذا فات المبيع، ولا ينقلها إذا لم يَفُتْ، وهو قول المالكية .

نعرض أدلتهم في المسألة، ونصوص فقهائهم، ثم نخلص إلى الترجيح في المسألة على النحو التالي :

أولاً : القائلون بتملك المبيع (الحنفية والحنابلة في رواية) :

١- أدلتهم ونصوصهم :

أما أدلتهم :

- فقالوا : إن فساد السبب لا يمنع وقوع الملك بالقبض، وأن ركن البيع صدر من أهله مضافاً إلى محله، فوجب القول بانعقاده، ولا خفاء في الأهلية والمحلية [1] .

(١) المبسوط (٥٥/٢٤)، والعناية شرح الهداية (٢٣٧/٩)، والهداية مع العناية (٤٦٠/٦)، والجوهرة النيرة (٢٠٤/١).

- كما استدلوا بالعموميات، بقولهم : إن هذا بيع مشروع يفيد الملك بالجملة، كسائر البياعات المشروعة، فيصدق عليه اسم البيع ؛ لأن البيع في اللغة: مبادلة شيء مرغوب بشيء مرغوب، وفي الشرع : مبادلة مال متقوم بمال متقوم، وقد وجد ذلك، فكان بيعاً . والنصوص العامة المشرّعة لصحة البيع ظاهرة، منها قوله تعالى : ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾[1]، ومن ادعى التخصيص والتقييد فعليه الدليل [2] .

- كما استدلوا بالإجماع، قال الكاساني (ت : ٥٨٧هـ) : (ولنا الاستدلال بدلالة الإجماع أيضاً، وهو أنا أجمعنا على أن البيع الخالي عن الشروط الفاسدة مشروع ومفيد للملك، وقران هذه الشروط بالبيع ذكراً لم يصح [3]، فالتحق ذكرها بالعدم) [4] .

مناقشة الأدلة :

- بالنسبة للدليل الأول : يبدو أن الحنفية بنوا أمر التملك، على ظاهر تحقق أركان العقد، دون النظر إلى الوصف المفسد للعقد، وفيه نظر ؛ لأنه تجاهل لمقصود الشارع ومخالفة لأمره ونهيه، إذ لا ملك إلا

---

(١) سورة البقرة، الآية ٢٧٥.

(٢) بدائع الصنائع (٢٩٩/٥).

(٣) بالمناسبة: فإن المذهب الحنفي، يعتبر من المذاهب المضيّقة للشروط، بخلاف الحنبلي والمالكي.

(٤) بدائع الصنائع (٢٩٩/٥).

بإذن الشارع، ولم يأذن بذلك، بل نهى عنه وحرمه .

- وبالنسبة للدليل الثاني : فإنه قريب من الأول، إذ اعتبروا تكوّن صورة عقد البيع، وما يسمى مبايعةً، لغة وشرعاً، يكفي لأن يكون سببًا في صحة التملك، دون اعتبار للأمور الأخرى، كالجهالة والغرر ونحوها من مفسدات العقد .

- وأما قولهم بالإجماع، ففيه نظر ؛ لوجود المذاهب الأخرى المخالفة في هذه المسألة، إلا إذا عَنَوْا به إجماع الحنفية وحدهم، وهو الأرجح ؛ لقوله : (أجمعنا على أن البيع الخالي عن الشروط الفاسدة مشروع ومفيد للملك)، وفيه نظر، إذ لا يلزم من خلوّ عقد البيع من الشرط الفاسد صحته، فثمة مفسدات أخرى، كالجهالة والغرر والإكراه، وغيرها، كما ذكرنا .

- **وأما نصوصهم في المسألة :**

- قال السرخسي (ت : ٤٨٣هـ) : (والبيع الفاسد منعقد، ويتأخر الحكم، وهو الملك إلى ما بعد القبض) [١] .

- وقال الكاساني (ت : ٥٨٧هـ) : (ولو اشترى شاةً بيعاً فاسداً فقبضها، فضحى بها جاز ؛ لأنه يملكها بالقبض) [٢] .

---

(١) المبسوط (١٣١/٣٠).

(٢) بدائع الصنائع (٧٧/٥).

وجاء في المادة (٣٧١) من مجلة الأحكام العدلية : (البيع الفاسد يفيد الحكم عند القبض، يعني : أن المشتري إذا قبض المبيع، صار مالكاً له)، وكلها نصوص صريحة في تملك المبيع بالقبض الفاسد .

- وقال ابن تيمية (ت : ٧٢٨هـ) : (ومن عقد عقداً فاسداً، مختلفاً فيه، باجتهاد أو تقليد، واتصل به القبض، لم يؤمر بردّه، وإن كان مخالفاً للنص) (١) . فقد فهم أن القبض الفاسد أفاد الملك، وإلا فلا فائدة من قوله : (لم يؤمر بردّه) .

- ونقل المرداوي (ت : ٨٨٥هـ) عن الفائق (٢)، قول تقي الدين: أنه يترجح التملك بالقبض الفاسد (٣) . كما نقل عن الانتصار (٤)، في صحة التملك بالقبض الفاسد روايتين : إحداهما : التملك بالعقد، والثانية التملك بالقبض (٥) .

إلا أن الحنفية اشترطوا لصحة التملك بالقبض الفاسد، رضا البائع

---

(١) الفتاوى (٣١٧/٥).

(٢) الفائق في فروع الحنابلة، للقاضي أحمد بن الحنبلي (ابن قاضي الجبل) (ت: ٧٧١هـ). كشف الظنون (١٢١٧/٢).

(٣) الإنصاف (٤٧٣/٤).

(٤) الانتصار لإمام أئمة الأمصار، يوسف بن قز أوغلي، سبط بن الجوزي (ت: ٦٥٤هـ). الأعلام (٢٤٦/٨).

(٥) التصحيح (٦٤٢/٤).

في مجلس العقد، قياساً على العقد الصحيح، فإن قبضه دون إذنه فلا يتملكه . قال السرخسي (ت : ٤٨٣هـ) : (. . . لأن القبض في البيع الفاسد، بمنزلة القبض في البيع الصحيح، فكما أن إيجاب البائع يكون رضا بقبول المشتري في المجلس لا بعده، فكذلك البيع الفاسد، يكون رضا من البائع بقبضه في المجلس لا بعده، فإذا قبضه بعد الافتراق لم يتملكه ؛ لأن قبضه بغير تسليط من البائع) [1] .

٢- استثناءاتهم في المسألة :

استثنى الحنفية من مسألة التملك في القبض الفاسد : عقد الهازل، والقسمة الفاسدة في رواية، والهبة الفاسدة على المختار .

أ- عقد الهازل : ودليلهم على استثنائه : أنه يشبه خيار الشرط المؤبد، وهذا يمنع الملك عند القبض، ولأن الرضا بمباشرة العقد حاصل، لا بالحكم وهو الملك . قال البزدوي (ت : ٤٨٢هـ) : (فإن البيع منعقد لما قلنا : إن الهازل مختار، وراضٍ بمباشرة السبب، لكنه غير مختار، ولا راضٍ بحكمه، وكان بمنزلة خيار الشرط مؤبداً، فانعقد العقد فاسداً، غير موجب للملك، كخيار المتبايعين . . . وهذا لم يقع الملك بهذا البيع، وإن اتصل به القبض) [2] .

(١) المبسوط (٣٦/٢٥).

(٢) أصول البزدوي (٣٥٨/٤)، التلويح على التوضيح (٣٧٣/٢)، وغمز عيون البصائر (٤٨/٢)، والتقرير والتحبير (١٩٤/٢ - ١٩٥).

وأكد البخاري (ت : ٧٣٠هـ) هذا المعنى في شرحه على أصوله : (فانعقاد العقد فاسداً، غير موجب للملك، وإن حصل القبض، بخلاف ما إذا كان الفساد في البيع لوجه آخر، حيث يوجب الملك عند القبض؛ لأن الهزل ألحق بشرط الخيار، وأنه يمنع ثبوت الملك في العقد الصحيح، ففي الفاسد أولى أن يمنع، كخيار المتبايعين)(١).

ب- **عقد القسمة** : وهذا اختلفت فيه الروايات، فبعضها لا يفيد صحة التملك بالقبض الفاسد، وبعضها يفيد ذلك :

- فمن الأولى: ما رواه ابن نجيم (ت : ٩٧٠هـ) قال: (القسمة الفاسدة لا تفيد الملك بالقبض) (٢)، ومثلها ما رواه البغدادي (ت : ١٠٢٧هـ) (٣).
- وأما الثانية : فقد نقل الحموي (ت : ١٠٩٨هـ) عن القنية ثبوت الملك بقوله : (والمقبوض بالقسمة الفاسدة يثبت فيه الملك، وينفذ فيه التصرف، كالمقبوض بالشراء الفاسد) (٤) .

فيبدو أن المسألة فيها قولان، ما أمكن الترجيح بينهما .

ج- **الهبة الفاسدة** : والمختار فيها أنها لا تفيد الملك بالقبض الفاسد .

---

(١) كشف الأسرار (٣٥٨/٤).

(٢) الأشباه والنظائر (١٩٦/٣).

(٣) مجمع الضمانات ص (٣٩٥).

(٤) غمز عيون البصائر (١٩٦/٣).

قال البغدادي (ت : ١٠٢٧هـ) : (الهبة الفاسدة تضمن بالقبض، لكن لا يملكها الموهوب له بالقبض، هو المختار) [1] . وقال ابن عابدين (ت : ١٢٥٢هـ) : (والهبة الفاسدة، لا تفيد الملك، على ما في الدر وغيرها، والمسألة مسطورة في التنوير أيضاً، أقول : ذكر ذلك في التنوير، لكن قال شارحه مستدركاً عليه بما في الفصولين : من أن الهبة الفاسدة تفيد الملك بالقبض، وبه يفتى) [2] .

فالخلاصة : أن الحنفية، والحنابلة (في رواية) قرروا بأن القبض في العقد الفاسد يفيد الملك، لكن استثنى الحنفية ثلاثة عقود : الهازل، والقسمة الفاسدة، والهبة الفاسدة، على خلاف في بعض الروايات .

ثانياً : القائلون بعدم التملك (الشافعية والحنابلة في رواية) :

١- أدلتهم ونصوصهم :

أما أدلتهم :

- قالوا : إن هذا القبض محظور، فلا يفيد نعمة الملك .
- وأن الفاسد منهي عنه، والنهي نسخٌ للمشروعية، للتضادّ، ولهذا لا يفيده القبض، فصار كما لو باع بالميتة، أو باع الخمر بالدراهم [3] .

---

(١) مجمع الضمانات ص (٢٣٤).

(٢) العقود الدرية (٨٥/٢).

(٣) المهذب مع المجموع (٤٥٢/٩)، وأسنى المطالب (٣٥٤/١)، والفتاوى الكبرى (٥٥/٣)، وحاشية العبادي على الغرر البهية (١٥٩/٢)، ومغني المحتاج (٧٨/٢)،=

المناقشة : يمكن القول بأن القبض الفاسد تحققت فيه الصورة الظاهرة للعقد، دون الوصف المصاحب، كما ذهب إليه الحنفية .

وأما نصوصهم :

- قال الشيرازي (ت : ٤٧٦هـ) : (كما لو شرط ألا يُسلّم إليه المبيع، فإن قبض المبيع لم يملكه ؛ لأنه قبض في عقد فاسد، فلا يوجب الملك) [١] .

- وقال النووي (ت : ٦٧٦هـ) : (من اشترى شيئاً، شراءً فاسداً، لشرط فاسد أو لسبب آخر، لم يجز قبضه، فإن قبضه لم يملكه بالقبض، سواء علم فساد المبيع أو لا، ولا يصح تصرفه فيه، ببيع ولا إعتاق ولا هبة ولا غيرها) [٢] .

حتى إن الشافعية يرون أن المقبوض قبضاً فاسداً، يجوز لبائعه أن يبيعه ؛ لأنه بحكم العقد المفسوخ، المضمون بالقيمة على المشتري شراءً فاسداً [٣] .

- وأما رواية الحنابلة الثانية في عدم صحة القبض في الفاسد، فقد

=ونهاية المحتاج (٦٥/٣)، وحاشية الجمل (٣٣١/١)، والإنصاف (٣٦٢/٤).

(١) المهذب مع المجموع (٤٥٢/٩).

(٢) المجموع (٤٥٤/٩).

(٣) السابق (٣٢١/٩).

عبّر عنها المرداوي (ت : ٨٨٥هـ) بقوله : (المقبوض بعقد فاسد، لا يملك به، ولا ينفذ تصرفه على الصحيح من المذهب) (١) .

٢- استثناءاتهم في المسألة :

استثنى الغزالي (ت : ٥٠٥هـ) صورةً، صحّح فيها التملك بالقبض الفاسد، وهي المعاطاة، إذا كان ثمنها يساوي قيمتها، قال النووي (ت : ٦٧٦هـ) : (إذا قلنا بالمشهور : إن المعاطاة لا يصح بها البيع، ففي حكم المأخوذين ثلاثة أوجه . . . أصحها عندهم : له حكم المقبوض ببيع فاسد، فيطالب كل واحد ردّ ما قبضه إن كان باقياً، وإلا فردّ بدله، فلو كان الثمن الذي قبضه مثل القيمة، فقد قال الغزالي في الإحياء (٢) : هذا مستحق، ظفر بمثل حقه، والمالك راضٍ، فله تملكه لا محالة) (٣) .

ثالثاً : أن العقد الفاسد ينقل الملكية بالقبض إذا فات، وإذا لم يفتْ لا ينقل، وهو قول المالكية .

فقد جاءت رواياتهم في المسألة، بين الإطلاق والتقييد، فأحيانًا، يطلقون صحة التملك بالقبض الفاسد، وأحياناً يقيدون ذلك بالفوات .

---

(١) الإنصاف (٤/٣٦٢).

(٢) إحياء علوم الدين (٢/٦٢).

(٣) المجموع (٩/١٩٢ - ١٩٣).

- أما رواية الإطلاق : فقد قال الحطاب (ت : ٩٥٤هـ) : (وأما إذا لم يتغيّر المبيع بيعاً فاسداً، وبقي على حاله، فالانتفاع به حرام، والإقدام على بيعها لمشتريها شراءً فاسداً لا يجوز، وشراؤها لمن علم بفساد عقدها، وعدم تغيّرها [١] معصية، ولكن إن وقع [٢]، تم البيع، وصح الملك للبائع وللمشتري) [٣] .

وقال ابن فرحون (ت : ٧٩٩هـ) : (وموجب البيع الفاسد بعد الفوات حصول الملك، على ما هو مقرر فيما يفوت به البيع) [٤] .

والفوات لا يكون إلا بعد القبض، وإن لم يُصرّح به .

- وأما رواية التقييد بالإفاتة، فقد نقلها الحطاب أيضاً عن صاحب التوضيح بقوله : (وأما الملك، فقال في التوضيح [٥] : وإن قلنا إن الضمان في البيع بيعاً فاسداً ينتقل بالقبض، فالملك لا ينتقل بذلك، بل لا بد من ضميمة الفوات) [٦] .

---

(١) لأنها واجبة الردّ، بعدم التغيّر، وعدم الإفاتة.

(٢) أي القبض.

(٣) مواهب الجليل (٣٨١/٤).

(٤) تبصرة الحكام (١٢١/١).

(٥) وهو شرح لمختصر ابن الحاجب (ت: ٦٤٦هـ) لخليل بن إسحاق المالكي (ت: ٧٧٦هـ).: الأعلام (٣١٥/٢)، والديباج المذهب في معرفة أعيان المذهب (٦٣/١).

(٦) مواهب الجليل (٣٨٠/٤).

وبذلك يمكن حمل الرواية السابقة (المطلقة) على هذه المقيدة، فيكون الحكم : أن المقبوض فاسداً يملك بالفوات، وإلا فلا ؛ لأنهما روايتان متعارضتان لدى فقيه واحد، وذلك من باب الجمع والتوفيق عند التعارض، وهو حمل المطلق على المقيد .

ويبدو أن دليلهم في هذا الاتجاه : عموم ما ذهب إليه الجمهور، من أن العقد الفاسد حرام، ولا يجوز الانتفاع به بأي صورة من آثار العقد الصحيح، فكيف يكون ذلك والواجب فسخه، شاء المتبايعان أم أبيا، حتى قال ابن القاسم (ت : ١٩١هـ) : (هذا حرام ويردّ) (١) . أما إذا فات، فتكون شبهة الملك لتعذر الردّ .

ويبدو أن المالكية توسطوا في هذه المسألة (٢)، بين الحنفية والشافعية، قال الزركشي (ت : ٧٩٤هـ) : (وأما المالكية، فتوسطوا بين

(١) فتح العلي المالك (٣٤٢/١).

(٢) هذه من المسائل التي توسط المالكية فيها بين الأقوال، فقد توسطوا في مسألة لمس المرأة: فقال الحنفية: لا ينقض الوضوء بشهوة وبدون شهوة، وقال الشافعية والحنابلة: ينقض بكل حال. فذهب المالكية إلى التوسط، فقالوا: إن كان اللمس بشهوة ينقض وإلا فلا. بداية المجتهد (٣٧/١ - ٣٨).

كما توسطوا في مسألة القراءة خلف الإمام: فقال الحنفية: لا يقرأ مطلقاً، في السرّ والجهر، وقال الشافعية والحنابلة: يقرأ مطلقاً في كل حال. فذهب المالكية إلى التوسط، فقالوا: لا يقرأ إذا سمع قراءة الإمام، ويقرأ إذا لم يسمع. بداية المجتهد (١٥٤/١).

القولين، ولم يفرّقوا بين الباطل والفاسد في التسمية، ولكنهم قالوا: البيع الفاسد يفيد شبهة الملك فيما يقبل الملك) [1] .

ومن استعراض الأقوال الثلاثة وأدلتها في المسألة، يترجح لدينا قول المالكية، وهو أن المقبوض بالعقد الفاسد يفيد شبهة الملك فيما يقبل الملك، وبالتالي، فإذا فات يتملك بالقيمة؛ وذلك لتعذّر الردّ، حسماً للخلاف، وهو المذهب الوسط في هذه المسألة، كما أشار الزركشي آنفاً .

أما القول بصحة التملك بالقبض الفاسد، كما ذهب إليه الحنفية والحنابلة في رواية، مستدلين بأن فساد السبب لا يمنع وقوع الملك بالقبض، وأن ركن البيع صدر من أهله مضافاً إلى محله [2]، ففيه نظر، وهو تجاهل مقصود الشارع وأمره ونهيه، إذ لا ملك إلا بإذنه، ولم يأذن الشارع بذلك، بل نهى عنه وحرمه .

وأما قول الشافعية والحنابلة على الصحيح من المذهب، والقاضي بعدم صحة الملك مطلقاً، فهو صحيح، إلا أنه ربما أوقع بالحرج، فيما لو تلف المبيع، فإن حكمه يكون حكم المغصوب [3]، وثمة فارق بينهما في نوع القبض واضح، من حيث الإذن في الأول دون الثاني .

---

(١) البحر المحيط (٢/٢٦).

(٢) المبسوط (٢٤/٥٥)، والعناية شرح الهداية (٩/٢٣٧).

(٣) الإنصاف (٤/٤٧٣).

المطلب الثاني

أثر القبض الفاسد في الضمان

والحديث عن هذه المسألة يتناول النقاط التالية :

تعريف الضمان، صلة الضمان بالقبض، ضمان القبض بين العقد الصحيح والفاسد، العقود التي يضمن فيها بالقبض الفاسد، وقت الضمان .

أولاً : تعريف الضمان :

لغة : معناه : الكفالة بالشيء، وضمَّنَه الشيء : كفّله به، أي : غرّمه إياه، ومن معانيه : الإلزام، تقول : ضمنته المال : أي ألزمته إياه [١] .

واصطلاحاً : عرفته مجلة الأحكام العدلية بنصها: (الضمان: هو إعطاء مثل الشيء إن كان من المثليات، وقيمته إن كان من القيميات) [٢].

والصلة بين المعنيين اللغوي والاصطلاحي واضحة، وهي : أن الضمان : إلزام بإعطاء المثلي أو القيمي عند الإتلاف .

---

(١) لسان العرب (٢٥٧/١٣)، والمصباح المنير ص (١٨٨) (ضمن).

(٢) المادة (٤١٦) وثمة معانٍ أخرى للضمان، لسنا بصددها مثل: كفالة النفس، ووضع اليد على المال، وما يجب بإلزام الشارع، كضمان قيمة صيد الحرم، وكفارة اليمين والظهار ونحوها. الموسوعة الفقهية (٢١٩/٢٨ - ٢٢٠) (ضمان).

ثانياً : صلة الضمان بالقبض :

يرى بعض الفقهاء أن القبض أساس الضمان، ويرى آخرون : أن الضمان يتأكد بواحدة من ثلاث : القبض والتمكين وإقباض البائع الثمن، وثمة قول ثالث مفاده : أن لا ضمان في القبض، والمقبوض أمانة بيد المشتري . ففي المسألة ثلاثة أقوال، نعرضها على النحو التالي:

القول الأول : أن القبض أساس الضمان، وهو قول جمهور الحنفية وجمهور المالكية وقول الشافعية والحنابلة، ودليلهم : أن القبض الفاسد يشبه الغصب، فلا يكون أدنى حالاً منه في الضمان، وهذه نصوصهم :

- قال الكاساني (ت : ٥٨٣هـ) : (لأن المبيع بيعاً فاسداً يضمن بالقبض، كالمغصوب، والقبض ورد على جميع أجزائه، فصار مضمونًا بجميع أجزائه، والأوصاف تضمن بالقبض، وإن كانت لا تضمن بالعقد، كما في قبض المغصوب) [(١)] .
- وقال الحطاب (ت : ٩٥٤هـ) : (وإن كان فاسداً، قال ابن رشد : هذا بيّن ؛ لأن البيع الفاسد إنما يدخل في ضمان المشتري بالقبض،

---

(١) بدائع الصنائع (٣٣/٥)، ومجمع الضمانات ص (٢١٤)، والفتاوى الهندية (١٤٤٩/٣).

إذا لم يكن فيه خيار) [١] .

- وقال النووي (ت : ٦٧٦هـ) : (وإذا فسد القبض، فالمقبوض مضمون على القابض)[٢] .

- وقال الرحيباني (ت : ١٢٤٣هـ) : (وكل عقد لازم أو جائز، يجب الضمان في صحيحه كالمذكورات، يجب الضمان في فاسده، ويتجه: لا يجب الضمان بمجرد عقد، بل يجب الضمان بمجرد قبضٍ) [٣] .

إلا أن الإمام سحنون (ت : ٢٤٠هـ) لا يضمِّن المشتري بالقبض الفاسد إلا بشرطين :

الأول : أن يكون المبيع مما يغاب عليه [٤] .

الثاني : ألا تقوم على هلاكه بينة، وهو ما يسمونه ضمان الرهان، لا ضمان الأصالة [٥] .

كما استثنى المالكية من هذه المسألة بيع الثمار بعد طيبها

---

(١) مواهب الجليل (٤١٣/٤)، وشرح الخرشي (١٥٨/٥).

(٢) المجموع (٣٣٨/٩)، والأم (٢٦٩/٦).

(٣) مطالب أولي النهى (٥١٢/٣)، كشاف القناع (٤٥٨/٣ - ٤٥٩).

(٤) أي: ما يمكن إخفاؤه، كعامة السلع الصغيرة، كالحلي، والسلاح، والكتب، والمجوهرات ونحوها، بخلاف العقار، والأشياء الظاهرة، التي لا يمكن إخفاؤها.

(٥) شرح الخرشي (٨٥/٥).

ونضوجها، فإنها تكون مضمونة على المشتري بمجرد العقد، دون القبض . قال الصاوي (ت : ١٢٤١هـ) : (وأما المباعة بيعاً فاسداً، فإن اشتريت بعد طيبها [١]، فضمانها من المشتري بمجرد العقد ؛ لأنه لما كان متمكناً من أخذها، كان بمنزلة القبض، ويُلغز بها فيقال: لنا فاسد يضمن بالعقد . وإن اشتريت قبل طيبها، فضمانها من البائع حتى يجذّها المشتري) [٢] .

القول الثاني : أن الضمان يكون بواحدة من ثلاث : القبض، أو التمكين، أو إقباض البائع الثمن، وهو قول أشهب (ت : ٢٠٤هـ) من المالكية .

- قال الدسوقي (ت : ١٢٣٠هـ) : (قوله بالقبض، أي : لا بتمكين المشتري منه، ولا بإقباضه الثمن للبائع، خلافاً لأشهب القائل: إن الضمان ينتقل بواحدة من هذه الثلاث) [٣] .

القول الثالث : وهو أن المقبوض بالعقد الفاسد يكون أمانة عند قابضه كالوديعة، وهذا القول منسوب للإمام أبي حنيفة، ودليله : أن العقد غير معتبر إنما هو قبض بإذن المالك لا غير .

---

(١) أي: نضجها، بحيث تصبح طيبة المتناول.

(٢) حاشية الصاوي على الشرح الصغير (١٩٨/٣).

(٣) حاشية الدسوقي (٧٠/٣).

- قال المرغيناني (ت : ٥٩٣هـ) : (ولو هلك المبيع - أي : المقبوض قبضاً فاسداً - في يد المشتري، يكون أمانة عند بعض المشايخ؛ لأن العقد غير معتبر، فبقي القبض بإذن المالك، وعند البعض يكون مضموناً ؛ لأنه لا يكون أدنى حالاً من المقبوض على سوم الشراء، وقيل: الأول قول أبي حنيفة رحمه الله، والثاني قولهما)(١).

ومن استعراض الأقوال الثلاثة وأدلتها، من خلال النصوص السابقة، يترجح لدينا القول الأول (قول الجمهور) وهو أن القبض أساس الضمان ؛ وذلك لوجاهة الاستدلال، بأنه يشبه الغصب من حيث المعنى (٢)، لأنه قبض لا يقرّه الشارع، فاقتضى أن يكون أساس الضمان.

ثالثاً : ضمان القبض بين العقد الصحيح والفاسد :

- ذهب جمهور الفقهاء (الحنفية والشافعية والحنابلة) إلى القول: بأن ما يضمن في العقد الصحيح يضمن في الفاسد (٣)، حتى إنهم

---

(١) الهداية مع العناية (٤٠٤/٦).

(٢) وإن كان ثمة فارق كبير بينهما، وهو أن المغصوب يقبض عنوةً، دون إذن المالك، بخلاف المقبوض فاسداً، فإنه بإذنه، وإنما وجه الشبه بينهما: القبض بغير وجه شرعي.

(٣) بدائع الصنائع (٧٠/٦)، وأسنى المطالب (٣٢٦/٢)، وتحفة المحتاج (٨٨/٥)، وشرح منتهى الإرادات (٢٠٠/٢).

وضعوا ضابطاً [1] لهذا المعنى فقالوا : (فاسد العقد كصحيحه في الضمان) [2]، فهذا يقتضي أن يسري على العقد الفاسد من حيث الضمان كلُّ ما يسري على العقد الصحيح، إلا ما استثناه الشافعية والحنابلة من مسائل :

- فالشافعية، استثنوا من هذا الضابط عقد الشركة . قال الهيتمي (ت : ٩٧٤هـ) : (مما استثني من الأول : الشركة، فإن كلاً من الشريكين لا يضمن عمل الآخر مع صحتها، ويضمنها مع فسادها) [3] .

- والحنابلة استثنوا بعض المسائل في البيع والإجارة والنكاح، فهي خارجة عن هذا الضابط . قال البهوتي (ت : ١٠٥١هـ) : (وليس المراد أن كل مالٍ ضمن فيه في الصحيح ضمن فيه في الفاسد، فإن البيع الصحيح لا تضمن فيه المنفعة، بل العين بالثمن، والمقبوض ببيع فاسد يوجب ضمان الأجرة، والإجارة الصحيحة تجب فيها الأجرة بتسليم العين

---

(١) **الضابط**: هو القاعدة التي لا عموم فيها، حيث تختص بباب معين، أو جزء باب، نحو قولنا: كل كفارة سببها معصية فهي على الفور، ومنها ما ذكرنا آنفاً: فاسد العقد كصحيحه في الضمان، فهو ضابط يختص بباب الضمان، وبالعقود تحديداً، لا يتجاوزه، بخلاف القاعدة فهي: (قضية كلية منطبقة على جميع جزئياتها). الوجيز في إيضاح القواعد ص (١٤، ٢٧).

(٢) حاشية الرملي على أسنى المطالب (١٦٨/٢)، وقواعد ابن رجب ص (٦٧).

(٣) الفتاوى الفقهية الكبرى (٢٨٠/٢).

المعقود عليها، انتفع المستأجر أو لم ينتفع، وفي الإجارة الفاسدة روايتان، والنكاح الصحيح يستقر فيه المهر بالخلوة دون الفاسد)[١].

- وخالف المالكية في هذا الضابط، ففرقوا بين الفاسد والباطل عموماً، ونصوا على أن الضمان يقع على المشتري بالقبض الفاسد، بخلاف الصحيح، فإن الضمان يقع بمجرد العقد . قال الخرشي (ت : ١١٠١هـ) : (واعتبار القبض في البيع، إنما يظهر في البيع الفاسد، كما أشرنا له، إذ البيع الصحيح يدخل في ضمان المشتري بمجرد العقد)[٢].

إلا أن ابن جزي (ت : ٧٤١هـ) استثنى خمس مسائل لا تضمن بالعقد، إنما بالقبض، وفي هذا يقول : (وأما في المذهب، فإن الضمان ينتقل إلى المشتري بنفس العقد في كل بيع، إلا في خمسة مواضع :

الأول : بيع الغائب على الصفة بخلاف فيه .

الثاني : ما بيع على الخيار .

الثالث : ما بيع من الثمار قبل كمال طيبها .

الرابع : ما فيه حق توفية من كيلٍ أو وزنٍ أو عدد، بخلاف الجزاف،

---

(١) شرح منتهى الإرادات (٢/٢١٥)، و كشاف القناع (٣/٥٠٥)، ومطالب أولي النهى (٣/٥١٣).

(٢) شرح الخرشي (٥/١٥٨)، وحاشية الدسوقي (٢/٣٠٤).

فإن هلك المكيل أو الموزون بعد امتلاء الكيل واستواء الميزان وقبل التفريغ في وعاء المشتري، فاختلف : هل يضمنه البائع أو المشتري.

الخامس : البيع الفاسد بالضمان فيه من البائع حتى يقبضه المشتري)[1] .

والخلاصة : أن فاسد كل عقد كصحيحه في الضمان، في نظر جمهور الفقهاء (الحنفية والشافعية والحنابلة) إلا ما استثناه الشافعية والحنابلة من مسائل . وخالف في هذا الضابط المالكية، وقالوا : الضمان يقع على المشتري بالقبض الفاسد، بخلاف الصحيح فإنه بمجرد العقد، واستثنى ابن جزي (ت : ٧٤١هـ) من ذلك مسائل خمساً.

رابعاً : العقود التي يضمن فيها بالقبض الفاسد :

يبدو أن الضمان في قبض العقد الفاسد، ليس شاملاً كل العقود، إنما هو مقصور على عقود المعاوضات، أما عقود الأمانات والتبرعات فلا ضمان في القبض في صحيحها ولا فاسدها . وهذا ما يبدو من نصوص الشافعية والحنابلة :

- قال الزركشي (ت : ٧٩٢هـ) : (فاسد كل عقد كصحيحه في الضمان وعدمه، ومعنى ذلك : أن كل ما اقتضى صحيحه الضمان بعد

---

(١) القوانين الفقهية ص (١٦٤).

التسليم، كالبيع، والقرض، والعمل في القراض، والإجارة، والعارية، فيقتضي فاسده أيضاً الضمان؛ لأنه أولى بذلك، وما لا يقتضي صحيحه الضمان بعد التسليم، كالرهن، والعين المستأجرة، والأمانات، والوديعة، والتبرع، كالهبة والصدقة، لا يقتضيه فاسده أيضاً) [١] .

- ونص البهوتي (ت : ١٠٥١هـ) صراحةً على استثناء الضمان في عقود التبرعات، وقصره على المعاوضات، بقوله : (وأما خبر : ((**الخراج بالضمان**)) [٢] ففي البيع، ولا يدخل فيه الغاصب ونحوه، والمراد بالمقبوض بعقد فاسد : البيع والإجارة الفاسدتان، بخلاف عقود الأمانات والتبرعات، كالوكالة، والمضاربة، والوديعة، والهبة، والوصية ونحوها، فإنه لا ضمان في صحيحها، فلا ضمان في فاسدها) [٣] .

فالضابط في تقسيم العقود من حيث الضمان، واضح من النصّين، إلا في مسألتي : العمل في القراض، والعارية، فقد نص الزركشي على

---

(١) المنثور في القواعد (٣/٨ - ٩).

(٢) أبو داود (٣٥٠٨) كتاب البيوع والإجارات، باب فيمن اشترى عبداً فاستعمله ثم وجد به عيباً، والترمذي (١٢٨٥) كتاب البيوع، باب فيمن يشتري العبد ويستغله ثم يجد به عيباً، والنسائي (٤٤٩٢) كتاب البيوع باب الخراج بالضمان، وابن ماجه (٢٢٤٣) كتاب التجارات، باب الخراج بالضمان، وصححه الترمذي، وهو نص المادة (٨٥) من مجلة الأحكام العدلية.

(٣) شرح منتهى الإرادات (٢/٣٢٠)، كشاف القناع (٣/٥٠٥)، مطالب أولي النهى (٣/٥١٢).

الضمان فيهما، خلافاً للبهوتي، مع أن العمل في القراض، هو المضاربة ذاتها، وهي من عقود الأمانات، والعارية كذلك تجمع بين صفتي : التبرع والأمانة، فالعين المعارة أمانة، ومنفعتها متبرع بها، والأمين لا يضمن إلا بالتعدي .

إلا أن الشافعية اشترطوا في ضمان العارية (1) إمكانية الانتفاع بها، فإن لم يكن منتفعاً فلا ضمان في قبض صحيحها ولا فاسدها .

وفي هذا يقول الهيتمي (ت : ٩٧٤هـ) : (شرط المستعار كونه منتفعاً به حالاً، انتفاعاً مباحاً مقصوداً، فلا تصح إعارة حمارٍ زَمِنٍ وجحش صغير، كما يصرح به قول الروياني : كل ما جازت إجارته جازت إعارته، وما لا فلا . . . ؛ لأن للفاسد حكم صحيحه، وقيل : لا ضمان ؛ لأن ما جرى بينهما ليس بعارية صحيحة ولا فاسدة، ومن قبض مال غيره بإذنه لا لمنفعة كان أمانة)(2) .

---

(١) دليل الشافعية في ضمان العارية، حديث: ((على اليد ما أخذت حتى تؤدي)) رواه أبو داود (٣٥٦١) كتاب البيوع والإجارات، باب في تضمين العارية. قال الخطابي (ت: ٣٨٨هـ): (في هذا الحديث دليل على أن العارية مضمونة، وذلك أن (على) كلمة إلزام، وإذا حصلت اليد آخذة، صار الأداء لازماً). معالم السنن (٨٢٢/٣).

(٢) تحفة المحتاج (٤١٤/٥).

خامساً : وقت الضمان :

إذا تلف المقبوض قبضاً فاسداً، ببيعٍ ونحوه، من عقود المعاوضات، فإنه يكون مضموناً على القابض باتفاق الفقهاء [(١)]، بالمثل إن كان مثلياً، وبالقيمة إن كان قيمياً . إلا أنهم اختلفوا في وقت اعتبار الضمان على ثلاثة أقوال :

الأول : المعتبر وقت القبض، فالقابض يضمن قيمة المقبوض يوم قبضه، مهما كانت قيمته، وهو قول المالكية، وجمهور الحنفية .

ودليلهم : أن المبيع بيعاً فاسداً مضمون بالقبض كالمغصوب، ويدخل في ضمانه يوم قبضه .

- قال الكاساني (ت : ٥٨٧هـ) : (وإنما تعتبر قيمته يوم القبض؛ لأن المبيع بيعاً فاسداً مضمون بالقبض كالمغصوب) [(٢)] .

- وقال البغدادي (ت : ١٠٢١هـ) : (والمقبوض بعقد فاسد، تعتبر قيمته يوم القبض ؛ لأنه دخل في ضمانه يومئذٍ)[(٣)] .

---

(١) المبسوط (٩٢/٢٥)، وبدائع الصنائع (١٣/٥)، والمنتقى (٤٢/٥)، ومواهب الجليل (٤١٣/٤)، وأسنى المطالب (٣٦/٢)، والبجيرمي على المنهج (٣٨٥/٢)، والإنصاف (٤٧٤/٤)، وكشاف القناع (٤٥٨/٣).

(٢) بدائع الصنائع (١٣/٥).

(٣) مجمع الضمانات ص (٢١٤).

- وجاء في المدونة : (قلت : أرأيت الذي يشتري الدابة . . . قلت : فإذا قبضها المشتري فهلكت عنده، فالصفقة فاسدة، فأي شيء يضمن المشتري : أقيمتها، أم الثمن الذي وقعت به الصفقة ؟ قال : قال مالك : يضمن قيمتها يوم قبضها) [١] .

- وقال الباجي (ت : ٤٧٤هـ) : (ووجه ذلك، أنه بيع فاسد، فلا يفوت إلا بالتغيّر بعد القبض، فلزم المبتاع قيمته يوم حكم بقبضه) [٢] .

فخلاصة القول : أن المعتبر في الضمان يوم القبض ؛ لأنه دخل في ضمان المشتري، كقبض الغاصب للعين المغصوبة .

القول الثاني : المعتبر في الضمان يوم التلف، فالمشتري يضمن قيمة المقبوض فاسداً حين تلفت العين في يده، وهو قول الحنابلة، ومحمد بن الحسن (ت : ١٨٩هـ) من الحنفية .

ودليلهم : أن الضمان يتقرر عليه يوم التلف .

- قال البغدادي (ت : ١٠٢١هـ) : (وعند محمد تعتبر قيمته يوم التلف ؛ لأنه يتقرر عليه، ذكره الزيلعي في البيع الفاسد) [٣] .

---

(١) المدونة (٢٦٧/٣).

(٢) المنتقى (٤٢/٥).

(٣) مجمع الضمانات ص (٢١٤، ٢١٦).

- وقال المرداوي (ت : ٨٨٥هـ) : (فائدة : حكم المعقود عليه بعقد فاسد، وما جرى مجراه، حكم المغصوب في اعتبار الضمان بيوم التلف)[1] .

وزاد الحنابلة على ذلك أمرين :

الأول : أن القيمة تعتبر من نقد البلد الذي تلف فيه ؛ لأنه موضع ضمانه، كما تعتبر القيمة في بلد الغصب.

الثاني : أن للبائع نماؤه المتصل والمنفصل، وأجرته، مدة قبضه بيد المشتري، وأرش نقصه[2].

قال البهوتي (ت : ١٠٥١هـ) : (وما صحّت إجارته من مغصوب، ومقبوض بعقد فاسد، كرقيقٍ، ودوابّ، وسفن، وعقار، فعلى قابضٍ وغاصبٍ بعقدٍ فاسدٍ[3]، أجرة مثله مدة بقائه بيده، فتضمن بالفوات والتفويت، أي : سواء استوفى المنافع أو تركها تذهب ؛ لأن كل ما ضمنه بالإتلاف في العقد الفاسد، جاز أن يضمنه بمجرد التلف

(١) الإنصاف (٦/١٩٥).

(٢) المرجع السابق نفسه.

(٣) هكذا وردت، ولعل الأصح أن يقول: فعلى غاصب وقابضٍ بعقد فاسد، إلا إذا قصد التسوية بين المفهومين تماماً، وهو ما يسمى بالمطابقة.

كالأعيان، ولأن المنفعة مال متقوم، فوجب ضمانه كالعين) [1] .

القول الثالث : التفصيل في الأمر، وهو قول الشافعية، ففي المثلي: المعتبر يوم التلف، وفي القيمي: أقصى القيمة من حين القبض إلى حين التلف، وعليه ضمان منافعه وزوائده .

ودليلهم : القياس على ضمان المغصوب، فهو مخاطب برده كل لحظة.

قال القاضي زكريا (ت : ٩٢٦هـ) : (فصل : المقبوض بالشرط الفاسد : يضمنه المشتري ضمان الغاصب، فلأنه مخاطب برده، فيضمنه عند تلفه بالمثل في المثلي، وبأقصى قيمة في المتقوم، من وقت القبض إلى وقت التلف، وعليه أرش نقصه للتعيّب، وأجرة مثله للمنفعة، وإن لم يستوفها، وضمان زوائده، كنتاج، وتعلم حرفةٍ، وعليه رده لمالكه، ومؤنة رده) [2] .

فالملاحظ على الأقوال الثلاثة :

١-أن الفقهاء خرّجوا مسألة (توقيت الضمان) على مسألة قبض

---

(١) شرح منتهى الإرادات (٣٢٠/٢)، والإنصاف (٣٦٢/٤).

(٢) أسنى المطالب (٣٦/٢). والمهذب مع المجموع (٤٥٢/٩)، والغرر البهية (٤٣٥/٢)، والبجيرمي على المنهج (٣٨٥/٢)، وحاشية الجمل (٢٩١/٣).

الغاصب، إلا أنهم اختلفوا في وقت الضمان، فمن قال : يوم القبض، وهم أصحاب القول الأول، ومن قال : يوم التلف، وهم أصحاب القول الثاني، ومن فرّق في المسألة بين المثلي والقيمي، فاعتبر يوم التلف بالمثلي، وأقصى قيمة مرّت عليه في القيمي، وهم أصحاب القول الثالث .

٢-أن أصحاب القولين (الثاني والثالث) نصوا على ضمان توابع المقبوض قبضاً فاسداً، من : أرش النقص، وأجرة المثل، ونمائه المتصل والمنفصل، ومؤنة ردّه، ونحو ذلك .

بينما سكت عنها أصحاب القول الأول، بل صرح الكاساني (ت: ٥٨٣هـ) بأن هذه الزيادات غير مضمونة ؛ لأن القبض لم يرد عليها فقال: (ولو هلكت هذه الزيادة في يد المشتري، لا ضمان عليه ؛ لأن المبيع بيعاً فاسداً مضمون بالقبض، والقبض لم يرد على الزيادة أصلاً ولا تبعاً . . . وإن استهلكها المشتري، فكذلك عند أبي حنيفة، لا ضمان عليه، وعندهما يضمن، وأصل المسألة في الغصب : أنه إذا استهلك الغاصب هذه الزيادة هل يضمن ؟ عنده لا يضمن، وعندهما يضمن) [١] .

ومن استعراض الأقوال الثلاثة وأدلتها، يترجح لدينا القول الثالث (قول الشافعية) حيث فصّلوا في الأمر : بأن ضمّنوا القابض المثل في

(١) بدائع الصنائع (٣٠٣/٥).

المثلي يوم قبضه ؛ لأنه الأصل، وأما القيمي، فيضمنه بأقصى قيمة ؛ لأنه قبض لا يقره الشرع، وهو مخاطب برده في كل لحظة، فكان عليه ضمان قيمته مهما بلغت حقاً للمالك .

المطلب الثالث:

أثر القبض الفاسد في الأجور والمهور

والحديث عنه يتناول مسألتين : أثره في الأجر المسمى، وأثره في المهر المسمى، وقد جمعنا بين المسألتين في هذا المطلب، بجامع (المِثْل) الذي سيُصار إليه نتيجة للقبض الفاسد، فيكون أجر المثل ومهر المثل.

المسألة الأولى : أثر القبض الفاسد في الأجر المسمى :

إذا استوفى المستأجر منفعة العين المؤجرة في العقد الصحيح، استحق الأجر المسمى، أما في العقد الفاسد، فهل يستحق الأجر المسمى أم أجر المثل ؟ يبدو أن في المسألة قولين :

الأول : أن له أجر المثل [1]، وهو قول جمهور الفقهاء (الحنفية

---

(١) **المثل لغة**: الشبه والمساوي، والمكافئ في المقدار. مختار الصحاح ص (٦١٤)، ولسان العرب (١١/٦١٠) (مثل).

وأجر المثل اصطلاحاً: (قيمة المنفعة في سوق العرض والطلب، عندما يكون حرًّا=

والمالكية والشافعية، ورواية عند الحنابلة) .

ودليلهم : أنه إذا فسد العقد [1]، فلا عبرة لما اتفق عليه من الأجرة، ولا يلتفت للمسمى، فيُصار إلى التعويض بأجر المثل .

- قال السرخسي (ت : ٤٨٣هـ) : (. . . فبقيت المنفعة في تلك المدة مستوفاةً بعقد فاسد، فعليه ردّ بدلها، وهو أجر المثل) [2] .

- وقال الكاساني (ت : ٥٨٧هـ) : (وأما الإجارة الفاسدة، وهي التي فاتها شرط من شروط الصحة، فحكمها الأصلي : هو ثبوت الملك للمؤاجر في أجر المثل، لا في المسمى، بمقابلة استيفاء المنافع المملوكة ملكاً فاسداً ؛ لأن المؤاجِر لم يرض باستيفاء المنافع إلا ببدل، ولا وجه إلى إيجاب المسمى، لفساد التسمية، فيجب أجر المثل) [3].

=من أي قيد، وذلك عند فساد عقد الإجارة، والعقود الواردة على العمل). نظرية الأجور ص (٢٧٧).

ووضع الرملي (ت: ١٠٠٤هـ) ضوابط لأجرة المثل فقال: (والعبرة في أجرة المثل في الفاسدة: بموضع إتلاف المنفعة نقداً ووزناً) نهاية المحتاج (٥/٢٦٦).

(١) ومن أسباب فساد عقد الإجارة: الخلل في الصيغة، أو عدم وجودها أصلاً، أو خلل في العاقد، كأن يكون معدوم الأهلية أو فاقدها، أو عدم ذكر الأجرة أو فسادها، أو جهالة العين المستأجرة. نظرية الأجور ص (٣٨١) وما بعدها.

(٢) المبسوط (١٥/١٣٨).

(٣) بدائع الصنائع (٤/٢١٨).

ثم بين رحمه الله تعالى، أن المعاوضات قائمة على المعادلة في التبادل، وأن أجر المثل هو الأصل، فإن فسد المسمى، وجب الرجوع إلى الأصل، وفي هذا المعنى يقول : (لأن الموجب الأصل في عقود المعاوضات هو القيمة ؛ لأن مبناها على المعادلة، والقيمة هي العدل، إلا أنها مجهولة ؛ لأنها تعرف بالحزر والظن، وتختلف باختلاف المقوّمين، فيعدل منها إلى المسمى عند صحة التسمية، فإذا فسدت وجب المصير إلى الموجب الأصل، وهو أجر المثل ههنا ؛ لأنه قيمة المنافع المستوفاة) [1] .

- وجاء في المدونة : (قلت : أرأيت إن اكتريت أرضاً أو داراً كراءً فاسداً، فلم أزرع الأرض، ولم أسكن الدار حتى مضت السنة، إلا أني قبضت ذلك من صاحبه، أيكون عليَّ الكراء لصاحبه أم لا في قول مالك ؟ قال : يلزمك كراءُ مِثْلِ الدار، وكراءُ مِثْلِ الأرض عند مالك ؛ لأنك حين قبضت ذلك لزمك الكراء وإن لم تزرع، وإن لم تسكن، وكذلك الدابة، إذا اكتريتها كراءً فاسداً فاحتبستها) [2] .

- وقال الشافعي (ت : ٢٠٤هـ) : (وإن أكراه إياها على أن يزرعها، ولم يقل أرضاً بيضاء لا ماء لها، وهما يعلمان أنها لا تزرع إلا

---

(١) المرجع السابق (٢١٨/٤).

(٢) المدونة (٥٤٦/٣).

بمطرٍ أو سيل يحدث، فالكراء فاسد في هذا كله، فإن زرعها فله ما زرع، وعليه أجر مثلها) [١] .

- وقال ابن مفلح (ت : ٧٦٣هـ) : (ولا أجرة ببذل عين في إجارة فاسدة، فإن تسلمها فأجر المثل، لتلف المنفعة بيده . . . وفي الروضة : هل يجب المسمى في الإجارة [٢]، أم أجرة المثل وهي القيمة؟ فيه روايتان) [٣] .

القول الثاني : يجب الأجر المسمى في القبض الفاسد، وهو الصحيح عند الحنابلة . قال ابن مفلح (ت : ٧٦٣هـ) : (وفي التعليق : يجب المسمى في نكاح فاسد، فيجب أن نقول مثله في الإجارة) [٤] . وقال المرداوي (ت : ٨٨٥هـ) : (فإن فعل فعليه أجرة المثل، يعني : إذا فعل ما لا يجوز فعله، في زرعٍ وبناءٍ، وغرسٍ، وركوبٍ، وحملٍ، ونحوه، فقطع المصنف [٥] أن عليه أجرة المثل، يعني للجميع، وهو اختيار أبي بكر، قاله القاضي، واختاره أيضاً ابن عقيل، والمصنف والشارح، وجزم به في العمدة، وشرح ابن منجا، وقدّمه في الفائق .

---

(١) الأم (١٦/٤).

(٢) أي: الفاسدة، كما هو معلوم، إذ لا خلاف في وجوب المسمى في الإجارة الصحيحة.

(٣) الفروع (٤٢٦/٤).

(٤) المرجع السابق (٤٢٦/٤).

(٥) أي: الموفق ابن قدامة رحمه الله تعالى.

والصحيح من المذهب : أنه يلزمه المسمى)[1] .

ومن استعراض القولين في المسألة، تبدو لنا رجاحة القول الأول (قول الجمهور) في أنه يلزم أجر المثل في قبض المنفعة في العقد الفاسد ؛ لأنه الأصل العام والضابط في عقد الإجارة، فإذا فسدت يصار إليه، كما قال الكاساني (ت : ٥٨٣هـ) : (فإذا فسدت، وجب المصير إلى الموجب الأصل، وهو أجر المثل ههنا)[2] .

أما أصحاب القول الثاني، فيبدو أنهم خرّجوا المسألة على الدخول في النكاح الفاسد، وهو وجوب المهر المسمى، كما ذهب إليه صاحب التعليق، وفيه نظر، إذ لا ينهض أمام الضابط العام في الإجارة الفاسدة، وهو أنه يُصار إلى أجر المثل دون المسمى عند قبض المنفعة . قال الزرقا (ت : ١٤٢٠هـ) : (غير أن هذا الحكم الذي يثبت في العقد الفاسد عند تنفيذه، لا تثبت فيه الحقوق المتقابلة بحدودها التي حددها العقد، بل يردّ الفاسدُ هذه الحقوق المتقابلة إلى قواعدها الأصلية، التي توجب التعادل في التبادل ؛ لأن الحدود الاتفاقية في العقد قد فسدت بفساده)[3] .

---

(١) الإنصاف (٥١/٦ - ٥٢).

(٢) بدائع الصنائع (٢١٨/٤).

(٣) المدخل الفقهي (٦٩٩/٢).

هـذا عـن آثـار القـبض فـي الإجـارة الفاسـدة، وينسحب عليهـا مـا يجري مجراها في سائر العقود، التي يكون الأجر فيها أحد العوضين، كعقـد الجعالـة، والـشركات، وعقـود الاسـتثمار، مـن حيـث إن قـبض المنفعة فيها حال فسادها، ينقل الأجور من المسميات إلى المثليات [(١)]، إنما قصرنا دراستنا على عقد الإجارة خاصة ؛ لأنها أبرز هذه العقود، وهي من الأهمية بمكان دون غيرها في واقع الحياة .

المسألة الثانية : أثر الدخول الفاسد في المهر المسمى :

يعتبر الدخول بالمرأة (الوطء) في عقد النكاح بمثابة القبض في سائر العقود، فيثبت فيه المهر المسمى للمرأة كاملاً، ومثله الخلوة الصحيحة عند جمهور العلماء [(٢)]، خلافاً للشافعية [(٣)]، وهذا كله في النكاح الصحيح. قال السرخسي (ت : ٤٨٣هـ): (. . . لأن أصل النكاح كان صحيحاً، فيتقرر المسمى بالتسليم : إما بالدخول أو الخلوة) [(٤)] . فلو طلقها قبل الدخول، كان لها نصف المهر، قال تعالى : ﴿ وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّآ أَن يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَاْ

---

(١) نظرية الأجور ص (٢٨٧).

(٢) المبسوط (٢٦/٥)، والدسوقي على الشرح الكبير (٤٦٨/٢)، والمنتقى (٢٩٢/٣)، والفروع (٢٩٢/٥).

(٣) الغرر البهية (١٨٣/٤ - ١٨٤).

(٤) المبسوط (٢٦/٥).

﴿ ٱلَّذِى بِيَدِهِۦ عُقْدَةُ ٱلنِّكَاحِ ﴾[(١)].

أما في النكاح الفاسد، فليس للمرأة شيء إذا طلقت قبل الدخول، وحتى مع الخلوة ؛ لعدم استيفاء منافع البضع .

- قال الميرغناني (ت : ٥٩٣هـ) : (وإن فرق القاضي بين الزوجين في النكاح الفاسد قبل الدخول فلا مهر لها ؛ لأن المهر فيه لا يجب بمجرد العقد لفساده، وإنما يجب باستيفاء منافع البُضْع)[(٢)] .

- وقال القاضي زكريا (ت : ٩٢٦هـ) : (وهذا بخلاف المهر في النكاح الفاسد، لا يجب إلا بالوطء، إذ اليد لا تثبت على منافع البضع)[(٣)].

أما الدخول في النكاح الفاسد، فللعلماء في مسألة المهر قولان :

القول الأول : أن للمرأة مهر المثل[(٤)]، وهو قول جمهور الفقهاء

---

(١) سورة البقرة، الآية ٢٣٧.

(٢) الهداية مع العناية (٣/٣٦٣ - ٣٨٤).

(٣) أسنى المطالب (٢/٤٣٢ - ٤٣٣).

(٤) هو مهر مثيلاتها، قال الهيتمي (ت: ٩٧٤هـ): (مهر المثل: ما يرغب به عادة في مثلها: نسباً وصفة، وركنه الأعظم في النسيبة نسبٌ، ولو في العجم على الأوجه؛ لأن التفاخر إنما يقع به غالباً، فتختلف الرغبات مطلقاً، فيراعى من أقاربها حتى تقاس عليها). تحفة المحتاج (٧/٣٩٧).

(الحنفية والمالكية والشافعية والحجّاوي من الحنابلة) ودليلهم : أن المهر الفاسد لا يجب بمجرد العقد لفساده، وإنما يجب مهر المثل مقابل استيفاء منافع البضع .

- قال النسفي (ت : ٧١٠هـ) : (وفي النكاح الفاسد : إنما يجب مهر المثل بالوطء ؛ لأن المهر لا يجب بمجرد العقد لفساده، وإنما يجب باستيفاء منافع البُضع، وكذا بعد الخلوة) [١] . أي : يجب بقبض المنفعة، ولا يجب بمجرد العقد ولا بالخلوة .

- وقال الخرشي (ت : ١١٠١هـ) : (وكذلك يكون النكاح فاسداً، إذا دخلا على إسقاط الصداق بالكلية، فيفسخ قبل الدخول، ويثبت بعده بصداق المثل) [٢] .

- وقال الرملي (ت : ١٠٠٤هـ) : (. . . ثم إن كان قبل الدخول[٣]، فلا شيء لها، أو بعده، فلها مهر المثل)[٤] .

القول الثاني : أن للمرأة المهر المسمى بالدخول الفاسد، وهو مذهب جمهور الحنابلة . ودليلهم : ما ورد في بعض ألفاظ عائشة رضي الله عنها:

---

(١) كنز الدقائق مع البحر الرائق (١٨١/٣).
(٢) شرح الخرشي (٢٦٢/٣).
(٣) أي: في النكاح الفاسد.
(٤) نهاية المحتاج (٢٧٢/٦).

((**ولها الذي أعطاها كما أصاب منها**)) [١] . وقالوا : إن الفاسد ينعقد ويترتب عليه أكثر أحكام الصحيح، من وقوع الطلاق، ولزوم عدة الوفاة، بخلاف تلف الفاسد، فإن فيه قيمته أو مثله لا ثمنه [٢] .

- قال الرحيباني (ت : ١٢٤٣هـ) : (لأن المهر يجب بالعقد الفاسد . . . وإن وطئ أو خلا بها استقر عليه المسمى) [٣] . وقال أيضاً: (لأن النكاح الفاسد يجب فيه بالدخول المسمى على المذهب، كالنكاح الصحيح، خلافاً له، أي : لصاحب الإقناع [٤]، فإنه قال هنا : فإن دخل بها فعليه مهر المثل، وإن كان فيه مسمى) [٥] .

ومن استعراض القولين وأدلتهما في المسألة، تبدو لنا رجاحة القول الأول (قول الجمهور) القائل بثبوت مهر المثل للمرأة بالدخول الفاسد ؛ لأنه معاوضة، وقياساً على البيع الفاسد، حيث يثبت فيه القيمة أو المثل، لا المسمى .

أما أدلة جمهور الحنابلة، ففيها نظر، فإن الحديث - على اعتبار

---

(١) لم أجد له تخريجاً، وعزا الرحيباني هذا الأثر للقاضي قائلاً: (قال القاضي: حدثنا أبو بكر البرقاني وأبو محمد بإسنادهما) مطالب أولي النهى (٥/٢٢٣).

(٢) المرجع السابق (٥/٢٢٣).

(٣) المرجع السابق (٥/٢٢٣).

(٤) موسى بن أحمد الحجاوي (ت: ٩٦٨هـ).

(٥) مطالب أولي النهى (٥/١٢٨).

ثبوته، وهو حجتهم - لا يقطع بدلالته على المهر المسمى، فكما يصدق قول عائشة رضي الله عنها : ((**ولها الذي أعطاها**)) على المسمى، فإنه يحتمل أن يراد به أيضاً مهر المثل، إذا ثبت بذمة الزوج لأمرٍ ما، ثم دخل بها، والدليل إذا تطرق إليه الاحتمال بطل به الاستدلال، وكذلك فإن قياسهم العقد الفاسد، الذي اختلت بعض أركانه وشروطه على العقد الصحيح فيه نظر .

إلا أن جمهور الحنفية قيدوا (مهر المثل) بما لا يزيد على المسمى، خلافاً لزفر (ت : ١٥٨هـ) وفي هذا يقول الميرغناني (ت : ٥٩٣هـ) : (فإن دخل بها - أي في الفاسد - فلها مهر مثلها، لا يزاد على المسمى عندنا، خلافاً لزفر، هو يعتبره بالبيع الفاسد، ولنا : أن المستوفى ليس بمال، وإنما يُتقوّم بالتسمية، فإذا زادت على مهر المثل، لم تجب الزيادة على المسمى ؛ لانعدام التسمية، بخلاف البيع، فإنه مال متقوّم في نفسه، فيُتقدر بدله بقيمته) [١] .

والخلاصة من هذا المطلب :

- أن القبض الفاسد في الإجارة، يبطل الأجر المسمى، ويثبت أجر المثل بمقابلة استيفاء المنافع، وهو قول جمهور الفقهاء، خلافاً للرواية الصحيحة عند الحنابلة، التي قيل بها بالأجر المسمى .

(١) الهداية (٣/٣٦٤ - ٣٦٥).

- وكذلك فإن الدخول بالنكاح الفاسد - وهو قبض لمنفعة البُضع - فإنه يوجب مهر المثل مقابل ذلك، ويبطل المهر المسمى، عند جمهور الفقهاء، خلافاً لجمهور الحنابلة، القائلين بأن لها المهر المسمى، استناداً لحديث السيدة عائشة رضي الله عنها .

ويلاحظ أن قول الحنابلة في المسألتين متشابه، وهو قولهم بالأجر المسمى عند قبض المنفعة بعقد فاسد، وبالمهر المسمى عند الدخول بالنكاح الفاسد .

الخاتمة:

وبعد هذا العرض الموجز لبحث [القبض وأثره في العقد الفاسد] نخلص إلى النتائج التالية :

١- القبض يطلق على عدة معانٍ لغوية، أقربها لموضوعنا : تناول الشيء، وفي الاصطلاح : حيازة الشيء والتمكن منه .

٢- أن ثمة ألفاظاً وثيقة الصلة بالقبض أبرزها : النقد، الحيازة، وضع اليد .

٣- أن للقبض عدة أقسام، باعتبارات مختلفة :

أ- باعتبار المقبوض : ويقسم إلى : قبض عقار، وقبض منقول .

ب- باعتبار الحقيقة والحكم : ويقسم إلى : قبض حقيقي، وقبض حكمي .

ج- باعتبار الإذن فيه : يقسم إلى : قبض بمجرد إذن الشرع، وقبض بإذن مستحقه، وقبض بغير إذن من الشرع ولا من مستحقه .

٤- أن الفاسد نقيض الصالح لغة، وأما اصطلاحاً : فالعقد الفاسد عند الجمهور : ما اختل ركن من أركانه، أو شرط من شروطه . وعند الحنفية : هو المشروع أصلاً، لا وصفاً .

٥- أن ثمة فرقاً بين الفاسد والباطل عند الحنفية، وهو أن الباطل فائت الأصل والوصف، والفاسد : فموجود الأصل فائت الوصف، أما عند الجمهور فهما مترادفان .

٦- أن نظرية الفساد، نشأت في رحاب المذهب الحنفي، الذي لاحظ أن صور المخالفات ليست في درجة واحدة، فمنها : الأساسية، ومنها الفرعية، وبالتالي ينبغي ألاّ تكون النتيجة واحدة ؛ لتناسب قوة الجزاء المؤيد مع درجة المخالفة للنظام الشرعي .

٧- أن النهي يقتضي الفساد (البطلان) عند جمهور الفقهاء ؛ لأن مقتضاه : منافاة مشروعية الفعل، أما الحنفية فيرون أن مجرد النهي عن الفعل لا يدل على عدم مشروعيته أصلاً حتماً، فقد تجتمع مشروعية أصل الفعل مع النهي عنه .

٨- أن أسباب فساد العقد كثيرة، أبرزها : الجهالة في العوض والأجل، الغرر في أصل المعقود عليه أو في الأوصاف والمقادير، والإكراه، ومصاحبة الشرط الفاسد .

٩- أن تعاطي العقد الفاسد حرام، يوجب الفسخ والرد ؛ لأنه كالمغصوب في وجوب رده، وحرمة الانتفاع به، إلا أنه ثمة حالات تمنع الرد هي :

- هلاك المقبوض أو تغيّر حاله .

- تعلق حق الآخرين .

- الإفاتة عند المالكية .

١٠- أن للفقهاء في مسألة نقل الملكية بالقبض الفاسد ثلاثة أقوال :

الأول : أن المبيع يُتملك بالقبض الفاسد، وهو قول الحنفية ومقابل الصحيح عند الحنابلة .

الثاني : أن القبض الفاسد لا يفيد الملك، وهو قول الشافعية، والصحيح في مذهب الحنابلة .

الثالث : أن القبض الفاسد ينقل الملكية إذا فات المبيع، وإلا فلا، وهو قول المالكية، والذي تم ترجيحه .

١١- أن الفقهاء اختلفوا في مسألة أسباب الضمان على ثلاثة أقوال :

الأول : أن القبض أساس الضمان، وهو قول جمهور الحنفية، وجمهور المالكية، وقول الشافعية والحنابلة، وهو الراجح .

الثاني : أن الضمان يكون بواحدة من ثلاث : بالقبض أو التمكين، أو بإقباض البائع الثمن، وهو قول أشهب من المالكية .

الثالث : أن لا ضمان بالقبض الفاسد، وأن المقبوض يكون أمانةً، وهو منسوب إلى الإمام أبي حنيفة .

١٢- أن الفقهاء اختلفوا في وقت الضمان على ثلاثة أقوال أيضاً :

الأول : أن المعتبر وقت القبض، وهو قول المالكية وجمهور الحنفية .

الثاني : أن المعتبر وقت التلف، وهو قول الحنابلة ومحمد ابن الحسن من الحنفية .

الثالث : التفصيل في الأمر : ففي المثلي : يوم التلف، وفي القيمي أقصى القيمة من حين القبض إلى حين التلف، وهو قول الشافعية، وهو ما تم ترجيحه .

١٣- أن للفقهاء في مسألة استيفاء المنفعة بالقبض الفاسد قولين:

الأول : أن للمؤاجر أجر المثل، وهو قول الجمهور، والذي تم ترجيحه .

الثاني : أنه له الأجر المسمى، وهو الصحيح عند الحنابلة .

١٤- أن للعلماء في الدخول الفاسد في النكاح قولين بالنسبة للمهر :

الأول : أن لها مهر المثل، وهو قول الجمهور، والراجح في المسألة .

الثاني : أن لها المهر المسمى، وهو مذهب الحنابلة .

والحمد لله رب العالمين، وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين .